[الكتاب الأول]
كتاب النكاح[1] الأول

[الباب الأول]
في الحضِّ على النكاح ، والخِطْبة[2] فيه

[فصل ١ : في الحضِّ على النكاح وذكر حكمه]

والنكاح مندوبٌ إليه لقول الله تعالى : ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾[3] .

---

(١) النكاح لغة : قال الأزهري : أصل النكاح في كلام العرب : الوطء ، وقيل للتزويج نكاح ، لأنه سبب الوطء ، فيقال : نَكَحَ فُلانٌ امرأةً يَنكحها نِكَاحاً إذا تزوجها .
وقال أبو علي الفارسي : فرّقت العرب فرقاً لطيفاً يُعرف به موضع العقد من الوطء ، فإذا قالوا : نَكَحَ فلانة أو بنتَ فلانٍ أو أخته : أرادوا تزوجها وعقد عليها ، وإذا قالوا : نكح امرأته أو زوجته ، لم يريدوا إلا المجامعة ، لأن بذكر امرأته وزوجته يُستغنى عن العقد .
انظر : لسان العرب ، تأليف محمد بن منظور (بيروت : دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٣هـ) ، مادة (نَكَحَ) ، تحرير ألفاظ التنبيه ، تأليف الإمام محيي الدين يحيى بن شرف النووي ، تحقيق عبد الغني الدقر (دمشق : دار القلم ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ) ص٢٤٩ .
وشرعاً فقد عرفه ابن عرفة بأنه : عقدٌ على مجرد متعة التلذذ بآدمية ، غير موجبٍ قيمتها ببينةٍ قبله ، غير عالمٍ عاقدها حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر ، شرح حدود ابن عرفة ، تأليف أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع ، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٣م) ٢٣٥/١ .

(٢) الخِطْبة : خَطَبَ المرأة إلى القوم إذا طلب أن يتزوج منهم واختطبها ، والاسم الخطبة بالكسر فهو خاطب .
المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، تأليف أحمد بن محمد بن علي الفيومي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ) ١٧٣/١ .

(٣) سورة النور : آية ٣٢ .

وقول النبي صلى الله عليه وسلم : "تنكاحوا تناسلوا"[١] ، وقوله صلى الله عليه وسلم : "تزوجوا فإني مُكاثرٌ بكم الأممَ يوم القيامة"[٢] ،

---

(١) هذا الحديث ذكره العجلوني بلفظ : تناكحوا تناسلوا أباهي بكم الأمم يوم القيامة" . انظر كشف الخفا ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس ، تأليف إسماعيل بن محمد العجلوني (بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط/بدون ، ت : بدون) ٣١٨/١ رقم (١٠٢١) .
لكنه ورد بلفظ "تنكاحوا تكثروا" أخرجه في المصنف ، تأليف الحافظ عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق المحدث حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثانية ١٤٠٣هـ) ١٧٣/٦ رقم (١٠٣٩١) من طريق سعيد بن أبي هلال مرفوعاً ، وهو مرسل ، لأن سعيد من السادسة ، انظر : تقريب التهذيب ، تأليف الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ) ٣٦٦/١ رقم (٢٤١٧) .
وأخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر مرفوعاً ، والمحمدان ضعيفان ، انظر :التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير ، تأليف الحافظ ابن حجر العسقلاني ، تصحيح وتعليق عبد الله هاشم اليماني (معلومات النشر : بدون) ١١٦/٣ ، فالحديث ضعيف .

(٢) أخرجه الحافظ أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني في سننه ، إعداد وتعليق عزت عبيد الدعاس وعادل السيد (بيروت : دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٣٩١هـ) كتاب النكاح ، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء ٥٤٢/٢ رقم (٢٠٥٠) ، والحافظ عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي النسائي ، في سننه ، بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية السندي ، ضبط وتصحيح عبد الوارث محمد علي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ) ، كتاب النكاح ، باب كراهية تزويج العقيم ٤٩/٦، ٥٠ رقم (٣٢٢٧) ، والحافظ أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني - ابن ماجه - في سننه تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط/بدون ، ت/بدون) ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في فضل النكاح ٥٩٢/١ رقم (١٨٤٦) ، والحافظ أبو عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري في المستدرك على الصحيحين ، دراسة وتحقيق مصطفى عبد القادر عطا (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ) ، كتاب النكاح ١٧٦/٢ رقم (٢٦٨٥) وقال : صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي .

وليس بواجب ، وهو مذهب مالك رحمه الله[١] خلافاً لداود[٢] في الحُرَّة[٣] ، والدليل لمالك قوله تعالى : ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم﴾[٤] فقد خيَّرنا تعالى في النكاح أو ملك اليمين ، وليس في الواجب تخيير[٥] ، واعتباراً بنكاح الأمة ، ولأنه عقد معاوضةٍ فلم يجب ابتداءً بالشرع كعقد

---

(١) انظر : النكت والفروق ل٦٠/ب ، الإشراف على مسائل الخلاف ، تأليف القاضي عبدالوهاب بن نصر البغدادي (مطبعة الإرادة ، ط/بدون ، ت/بدون) ٨٩/٢ .
وهذا حكم النكاح في الجملة ، وإلا فإنه تعرض له الأحكام التكليفية الخمسة : فيجب على من احتاج إليه و لم يقدر على الصبر دون النساء وليس عنده مال يتسرى به ، وخشي على نفسه العنت إن لم يتزوج ، ويندب لمن يرجو النسل ، أو كانت نفسه تشتاق النكاح دون خشية الزنا بتركه ، ويباح لمن يرجو النسل ولاتميل نفسه إليه ولايقطعه عن فعل خير ، ويحرم على من لايخشى بتركه الزنا ، ولاقدرة له على نفقة الزوجة أو على الوطء ، أو ينفق عليها من الحرام ، ويكره في حق من يقطعه عن فعل العبادة غير الواجبة ، قال ابن رشد : فالقول إنه واجب على الإطلاق أو مندوب إليه على الإطلاق ليس بصحيح .
انظر : المقدمات الممهدات لبيان مااقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات ، تأليف أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، تحقيق محمد حجي (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ) ٤٥٤/١ ، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني ، تأليف أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي (بيروت : دار الفكر ، ط/بدون ، ت/بدون) ٢/٢ .

(٢) هو أبو سليمان داود بن علي الأصبهاني ثم البغدادي ، الفقيه الظاهري ، كان حافظاً مجتهداً ناسكاً زاهداً ، له ذكاءٌ خارق ، وفيه دينٌ متينٌ ، تفقه على أبي ثور وابن راهَويه ، توفي سنة ٢٧٠هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٤٩١/١٠ ، شذرات الذهب ١٥٨/٢ .

(٣) انظر : الإشراف ٨٩/٢ .

(٤) سورة النساء : آية ٣ .

(٥) قال ابن رشد مبيناً وجه الاستدلال بالآية على عدم وجوب النكاح : وملك اليمين ليس بواجب بإجماع ، ولايصح التخيير بين واجب وماليس بواجب ، لأن ذلك مُخرِجٌ للواجب عن الوجوب . المقدمات الممهدات ٤٥٢/١ .

البيع[1] .

وقال بعض البغداديين[2] : النكاح في الجملة مندوبٌ إليه ، وربما تعيَّن فرضه إذا خاف العنت[3] و لم يجد مايتسرَّى به[4] ، وهو قادرٌ على النفقة والمهر ، وربما كُرِهَ له ذلك وهو أن يكون غير محتاجٍ إليه وهو قليل المال والكسب فيَغُرُّ المرأة ويضُرُّها[5] .

قال ابن حبيب : وحضَّ النبي صلى الله عليه وسلم على نكاح الأبكار وقال "فإنهن أطيب أفواهاً وأنتق أرحاماً وأطيب أخلاقاً"[6] .

---

(١) انظر : المعونة ٢/٧١٧،٧١٨ .

(٢) والمراد به هنا أبو عبد الله بن خُويز مِنداد كما في تهذيب الطالب .
وترجمته : هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عبد الله بن خويز منداد ، إمامٌ ، عالمٌ ، متكلمٌ ، فقيهٌ أصولي ، تفقه على أبي بكر الأبهري وغيره ، ألَّف كتاباً كبيراً في الخلاف ، وكتاباً في أصول الفقه ، وكتاباً في أحكام القرآن .
انظر : الديباج المذهب ٢/٢٢٩ ، شجرة النور الزكية ص١٠٣ .

(٣) العنت : قال ابن فارس : العين والنون والتاء أصلٌ صحيحٌ يدل على مشقةٍ ومأأشبه ذلك ، ولايدل على صحةٍ ولاسهولةٍ ، قال الفراء في قوله تعالى : ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ سورة النساء : آية ٢٥ : أي يرخِّص لكم في تزويج الإماء إذا خاف أحدكم أن يفجُر ، وقال غيره : معناه : ذلك لمن خاف أن تحمله الشهوة على الزنا فيلقى الإثم العظيم في الآخرة .
انظر : معجم مقاييس اللغة ، تأليف أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، تحقيق عبد السلام محمد هارون (بيروت : دار الجيل ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ) ، مادة (عنت) .

(٤) التسري : هووطء السيد أمته ، مشتقٌ من السر وهو الجماع ، سمي بذلك لأنه يُفعل سراً ، قاله الأزهري وغيره ، وقال أبو الهيثم : مشتقٌ من السر وهو السرور ، لأن صاحبها يُسرُّ بها .
ويقال : تسرَّرت جارية وتسرَّيت ، كما قالوا : تظنَّنت وتظنَّيت من الظن .
انظر : تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٥٠ .

(٥) تهذيب الطالب وفائدة الراغب ل٥/أ .

(٦) أخرجه ابن ماجه عن عويم بن ساعدة مرفوعاً ، كتاب النكاح ، باب تزويج الأبكار ١/٥٩٨ رقم (١٨٦١) ، والإمام أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي في السنن الكبرى تحقيق محمد عبد القادر عطا (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ) ، كتاب النكاح ، باب استحباب التزويج بالأبكار ٧/١٣٠ رقم (١٣٤٧٣،١٣٤٧٤) وفيه =

قال ابن حبيب : أنتق أرحاماً : أقبلُ للولد[1] .

ورغّب في نكاح الولود[2] ، وفي حديثٍ آخر : "الولود الودود العؤود"[3] .

قال ابن حبيب : ويستحب أن يُستنجَب الخال[4] ، وقد يُتّقى رضاع الفاجرة فكيف بهذا! [5]

وقد قال صلى الله عليه وسلم : "تُنكح المرأة لمالها ولجمالها ولحسبها ودينها فاظفر بذات الدين تَربت يداك"[6] [7] .

= محمد بن طلحة قال عنه ابن حجر : صدوقٌ يخطئ ، انظر : التقريب ٩٠/٢ رقم (٥٩٩٩) .
وأخرجه الحافظ سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني في سننه ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط/بدون ، ت/بدون) ، باب ماجاء في نكاح الأبكار ١٤٤/١ رقم (٥١٣،٥١٤) ، وابن أبي شيبة ٥٢/٤ رقم (١٧٦٩٠) عن مكحول مرفوعا .
وأخرجه الحافظ أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة في المصنف ، ضبط وتصحيح محمد عبدالسلام شاهين (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ) موقوفاً على عمر ابن الخطاب رضي الله عنه بسند صحيح ، كتاب النكاح ، باب ماقالوا في تزويج الأبكار وماذكر في ذلك ٥٢/٤ رقم (١٧٦٨٨) . والحديث حسنٌ بهذه الطرق .

(١) وقال ابن الجوزي : أي : أكثر أولاداً ، يقال للمرأة الكثيرة الولد : ناتق ، ومِنتَاق ، لأنها ترمي بالأولاد رميًا .
غريب الحديث ، تأليف الإمام أبي الفرج عبد الرحمن بن علي الجوزي ، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ) ٣٨٩/٢ .

(٢) أي بقوله : "تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة" وقد سبق تخريجه ص٢ .

(٣) لم أعثر عليه بهذا اللفظ ، وهو بمعنى الحديث الذي قبله .

(٤) لعل مراده أن تُطلب النجابة في الخال ، لأن الولد يشبه خاله في الغالب .

(٥) النوادر والزيادات ل٢١١/أ .

(٦) قوله "تربت يداك" أي افتقرت ، قال أبو عبيد : ولم يرد به الدعاء ، لكنها كلمةٌ جاريةٌ على ألسنة العرب يقولونها ولايريدون وقوع ذلك .
انظر : غريب الحديث ١٠٤/١،١٠٥ .

(٧) أخرجه الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة بن بردزبه البخاري في صحيحه (استانبول : المكتب الإسلامي ، ط/بدون ، ١٩٧٩م) ، كتاب النكاح ، باب الأكفاء في الدين ١٢٣/٦ ، والإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري في صحيحه ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط/بدون ، ١٤١٣هـ) كتاب الرضاع ، باب استحباب نكاح ذات الدين ١٠٨٦/٢ رقم (١٤٦٦) .

وأمر أن تُنْكَحَ في الأكفاء[١] ، وقد قال عمر رضي الله عنه : لايزوج الرجل وليَّته للقبيح الذميم ولاللشيخ الكبير[٢] .

ابن المواز : قيل لمالكٍ : فما جاء عن عمر : لاتزوجوهن إلا الأكفاء[٣] ، وأنه فرَّق بين رجلٍ وامرأةٍ كان قد زُوِّجها وهو غير كفءٍ؟

قال : قد جاء عنه غير هذا ، قوله : دين الرجل حَسَبُه ، وكرمُه تقواه ، ومروءته خُلُقُه[٤] ، فليس الشرف والحسب إلا في الإسلام والتقوى[٥] .

---

(١) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنةٌ في الأرض وفسادٌ عريض" .
أخرجه الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي في سننه ، تحقيق أحمد محمد شاكر (بيروت : دار الكتب العلمية ، ط/بدون ، ت/بدون) ، كتاب النكاح ، باب ماجاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه ٣/٣٩٤،٣٩٥ رقم (١٠٨٤) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح باب الترغيب في التزويج من ذي الدين والخلق المرضي ٧/١٣٢ رقم (١٣٤٨١) ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢/١٧٩ رقم (٢٦٩٥) وقال : صحيح الإسناد .
وأخرجه الترمذي أيضاً بلفظ : "إذا جاءكم" الحديث من طريقٍ آخر عن أبي حاتم المزني ٣/٣٩٥ رقم (١٠٨٥) وقال : هذا حديثٌ حسنٌ غريب .

(٢) أخرجه عبد الرزاق بمعناه ، باب عرض الجواري ٦/١٥٨ رقم (١٠٣٣٩) .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور ، باب من قال لانكاح إلا بولي ١/١٥٠،١٥١ رقم (٥٣٧) .

(٤) أخرجه الإمام علي بن عمر الدارقطني في سننه ، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني (القاهرة : دار المحاسن للطباعة ، ط/بدون ، ت/بدون) ، كتاب النكاح ٣/٣٠٤ رقم (٢١٦) بلفظ : حسب المرء دينه ، ومروءته خلقه ، وأصله عقله .

(٥) النوادر والزيادات ل٢١١/ب .

[فصل ٢ ـــ في الخطبة في النكاح]

قال ابن المواز : واستحب أهل العلم الخطبة في عقد النكاح .

قال مالك : وهي من العمل القديم ، ومانرى لأحدٍ[١] تركها ، وماقلّ منها فهو أفضل[٢] .

قال محمد بن إبراهيم[٣] : وقد خطب عروة بن الزبير[٤] إلى عبد الله بن عمر ابنته سودة ، فقال : يانافع[٥] ادع عبيد الله[٦] وسالماً[٧] ، ابنيه ، فلما أتياه قال : إن

---

(١) في أ "ومارأى لها خير" .

(٢) قال مالك : وكانوا يستحبون أن يحمد الله الخاطب ويصلي على نبيه ، ثم يخطب المرأة ، ثم يجيبه المخطوب إليه بمثل ذلك من حمد الله والصلاة على نبيه ، ثم يذكر إجابته .
انظر : المصدر نفسه ل٢١٢/أ .
قال ابن رشد : يُستحب إخفاء خطبة النكاح ، وأن يُهنّأ الناكح عند نكاحه ويدعى له بالبركة فيه .
انظر : المقدمات الممهدات ٤٨١/١ .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن إبراهيم بن دينار الجهيني ، الفقيه الإمام الثقة ، مفتي المدينة ، صحب مالكاً وابن هرمز ، قال أشهب : مارأيت في اصحاب مالكٍ أفقه من ابن دينار . توفي سنة ١٨٢هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢٩١/١ ، الديباج ١٥٥/٢ ، شجرة النور ص٥٧ .

(٤) هو أبو محمد عروة بن الزبير بن العوام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي بن كلاب ، وأمه أسماء بنت أبي بكر الصديق ، تابعيٌ ثقةٌ ، فقيهٌ ، كثير الحديث ، جمع العلم والسيادة والعبادة ، توفي بالمدينة سنة ٩٤هـ .
انظر : الطبقات الكبرى ١٣٦/٥ ، شذرات الذهب ١٠٣/١ .

(٥) هو أبو عبد الله نافع القرشي ، ثم العدوي العمري ، الإمام المفتي الثبت ، عالم المدينة،مولى عبدالله بن عمر بن الخطاب ، روى عن ابن عمر وعائشة وأبي هريرة وأبي سعيد الخدري وغيرهم أصابه عبد الله في غَزاته ، كان ثقةً كثير الحديث ، توفي بالمدينة سنة ١١٧هـ .
انظر : الطبقات ٣٤٢/٥ ، سير أعلام النبلاء ٥٦٣/٥ .

(٦) هو عبيد الله بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، وأمه أمُّ ولد ، ثقة ، قليل الحديث .
انظر : الطبقات ١٥٥/٥ .

(٧) هو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، وأمه أمُّ ولد وهي أم عبيد الله ، إمامٌ زاهدٌ ، حافظٌ ، مفتي المدينة ، ثقةٌ وَرِع ، توفي سنة ١٠٦هـ .
انظر : المصدر نفسه ١٤٩/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٨٢/٥ .

عروة خطب إليّ أختكما وإني أزوجه إياها بما جعل الله تعالى للمسلمات على المسلمين من الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان(١) ، وأن يستحلّها بما تستحلّ به المسلمة ، / قالا : كذلك ياعروة؟ قال : نعم ، قال : فقد زوجناكها على بركة الله عز وجل(٢) . [٤٤/أ]

---

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٢) أخرج قصة خطبة عروة البيهقي بلفظ : قال عروة بن الزبير : لَحِقتُ ابن عمر فخطبت إليه ابنته ، فقال لي : إن ابن أبي عبد الله لأَهلٌ أن يُنكَح . نحمد ربَّنا ونصلي على نبينا ، وقد أنكحناك على ماأمر الله به إمساكٍ بمعروفٍ أو تسريحٍ بإحسانٍ .
سنن البيهقي ، كتاب النكاح ، باب مايستحب للولي من الخطبة والكلام ٢٣٧/٧ رقم (١٣٨٣٢) .

[الباب الثاني]
في نكاح الشغار[1] ومايتعلق به

[فصل ١ ـ في حكم نكاح الشغار وبيان معناه]

ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن نكاح الشغار[2] ، وقال : "لاشغار في الإسلام"[3] .

قال مالك : وهو أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق[4] .

والشغار خلوُّ العقد من المهر ، يقال : بلدٌ شاغرٌ ، أي خَالٍ ، ويقال : شَغَرَ الكلب إذا رفع رِجلَه ليبول[5] .

---

(١) الشغار لغة : مشتقٌ من الشَّغْر وهو الرفع ، يقال : شَغَرَ الكلب يَشْغُر شَغْراً : أي رفع إحدى رجليه ليبول ، والشَّغْر : الخُلو ، يقال : شَغَرَت الأرض والبلد : أي خَلَت من الناس ولم يبق بها أحدٌ يحميها ويضبطها .
انظر : اللسان ، مادة (شَغَرَ) ، وقد ذكر المؤلف هذا المعنى .
وشرعا : هو خُلوُّ البُضْع عن الصداق .
شرح حدود ابن عرفة ١/٢٦١ .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب الشغار ١٢٨/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ١٠٣٤/٢ رقم (١٤١٥) ، ومالك ، كتاب النكاح ، باب جامع مالايجوز من النكاح ٤٢٢/٢ رقم (٢٤) .

(٣) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه ١٠٣٥/٢ رقم (١٤١٥) .

(٤) انظر : المدونة ١٥٢/٢ .
وسيأتي قريباً التحقيق في قائل هذا المعنى للشغار .

(٥) قال عبد الحق : وذلك أن الكلب لايتأهَّب للبول ، وإذا أصابه رفع رجله فشبَّه الشغار بذلك كأن الزوج وطئ قبل أن يتأهَّب للوطء بالصداق ومايُبَاح به .
تهذيب الطالب ل٥/ب .

ولايحل عقد الشغار بإجماع ، فإذا وقع فسخ قبل وبعد الدخول[١] ، وروي عنه[٢] ثبوته بعد الدخول وإنما لم يختلف قوله في المدونة في الشغار بخلاف إذا تزوجها على أن لاصداق إذا اختلف قوله ؛ لأن الموهوبة إنما فسد الأمر فيها إذا لم يسم لها صداقاً ، فإذا فات الأمر بالدخول فقد استوجبت المهر بالمسيس[٣] فلامعنى للفسخ على أحد قوليه ، والشغار ليس كذلك .

وقال بعض المحققين[٤] : إنما اختلف قوله في فسخ الشغار بعد الدخول لاختلافهم في النهي ، هل يقتضي فساد المنهي عنه بعد أن يقع؟ وأما المنع منه ابتداءً فليس فيه خلاف[٥] .

---

(١) انظر : المدونة ١٥٢/٢ ، التفريع ٤٨/٢ .

(٢) أي عن مالك وهي رواية علي بن زياد .

(٣) "بالمسيس" مكانها بياض في أ ، ب .

(٤) وهو أبو عمران الفاسي كما سيأتي ص١٣ .
وكثيراً مايذكر المؤلف آراءه الفقهية نقلا من تهذيب الطالب لعبد الحق الصقلي .
وترجمته هو أبو عمران موسى بن عيسى بن أبي حاج الفاسي القيرواني ، الفقيه الحافظ العالم الإمام ، استوطن القيروان وحصلت له بها رئاسة العلم ، له كتاب التعليق على المدونة ، كتاب جليلٌ لم يكمل ، ولد سنة ٣٦٣هـ ، وتوفي بالقيروان سنة ٤٣٠هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٧٠٢/٢ ، الديباج ٣٣٧/٢ ، شجرة النور ص١٠٦ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٥/أ .
وسبب الخلاف المذكور مسألة اصولية ، وقد ذكرها أبو الوليد الباجي في مسائل النهي ، وذكر الخلاف فيها ، ورجّح القول بأن النهي عن الشئ يقتضي فساد المنهي عنه وقال : وبهذا قال القاضي أبو محمد ـ أي عبد الوهاب البغدادي ـ وجمهور أصحابنا ، وأصحاب أبي حنيفة والشافعي .
انظر : إحكام الفصول في أحكام الأصول ، تأليف أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي ، تحقيق ودراسة عبد الله محمد الجبوري (بيروت :مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٩هـ) ص١٢٦،١٢٧ .

قال عبد الوهاب : ونكاح الشغار فاسدٌ لنهيه صلى الله عليه وسلم عنه ، ولأنه مَلَّكَ بُضْعَ[١] ابنته بصداقٍ لاتملكه ، وذلك يوجب فساد العقد ؛ لأن المهر يجب أن يكون ملكاً للمنكوحة[٢] .

ومن المدونة : قال مالك فيمن قال لرجل : زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي ، أو : زوجني أمتك على أن أزوجك أمتي ، ولامهر بيننا : فذلك شغارٌ يفسخ أبداً وإن ولدت الأولاد ورضياه ، فللمدخول بها صداق المثل[٣] ، ولاشيء لغير المدخول بها .

قال مالك : والشغار بين العبيد كالشغار بين الأحرار .

قال ابن القاسم : وأحب مافيه إليّ أن يفسخ بطلاق ، ويقع به الطلاق والموارثة قبل الفسخ لاختلاف الناس في إجازته أو فسخه .

قال سحنون : والذي عليه أكثر رواة مالكٍ أن كلّ عقدٍ كانا مغلوبين على فسخه[٤] فالفسخ فيه ليس بطلاقٍ ، ولاميراث فيه ، وقد ثبت من نهي النبي صلى الله عليه وسلم في الشغار[٥] مالايُحتَاج فيه إلى حُجة[٦] .

---

(١) البُضْع : بضم الباء وسكون الضاد المعجمة وبالعين المهملة : فرج المرأة .
تنبيه الطالب لفهم ابن الحاجب ، تأليف محمد بن عبد السلام بن إسحاق بن أحمد الآمدي المالكي ، مخطوط ، مصور من مركز البحث العلمي بجامعة أم القرى برقم ٣٢٨ ـ أصول فقه . ولما كانت أرقام لوحاته غير واضحة اعتمدت الترقيم الذي رُقم به بعد التصوير ، بحيث جُعِلَ لكل وجه رقم ، ورمزت لكل وجه بـ(ص) ، ص٢٨ .

(٢) انظر : المعونة ٧٥٨،٧٥٧/٢ .

(٣) يرى مالك يرحمه الله أنه لايُنظر في صداق المثل إلى نساء قومها ولكن يُنظر فيه إلى نسائها في قدرها وجمالها وموضعها وغِناها . انظر : المدونة ٢٣٦/٢ .
وقال الباجي : يعتبر في مهر المثل أربع صفات : الدين والجمال والمال والحسب ، ومن شَرْطِ التساوي مع ذلك الأزمنة والبلاد ، فمن ساواها في هذه الصفات رُدّت إليها في مهر المثل وإن لم تكن من أقاربها .
انظر : المنتقى شرح الموطأ ، تأليف أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي ، (القاهرة :مطبعة السعادة ، الطبعة الأولى ، ١٣٣٢هـ) ٢٨٢/٣ .

(٤) في المدونة زيادة "ليس لأحد إجازته" .

(٥) سبق تخريجه ص٩ .

(٦) انظر : المدونة ١٥٣،١٥٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا من القرويين : روي عن علي بن زياد[١] عن مالك : أن نكاح الشغار إذا دخلا ثبت النكاح ، وكان لهما صداق المثل .

قال الفقيه أبو الحسن بن القابسي[٢] : إنما اختلف قول مالك في ذلك لاختلاف الناس في تأويل الشغار .

قيل : وكيف اختلاف الناس فيه وهو في حديث ابن عمر مفسَّراً أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق؟

فقال : المتفق عليه من لفظ الحديث إلى قوله : "إن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار" وباقي الحديث إنما يحملونه على أنه من تفسير نافع ، ولو كان عن النبي صلى الله عليه وسلم مااختلف فيه[٣] .

---

(١) هو أبو الحسن علي بن زياد التونسي العبسي ، الثقة الحافظ ، الجامع بين العلم والورع ، لم يكن في عصره بإفريقية مثله ، سمع من مالك وسفيان الثوري والليث بن سعد وغيرهم ، توفي بتونس سنة ١٨٣هـ .
انظر : طبقات علماء إفريقية وتونس ص٢٢٠ ، ترتيب المدارك ٣٢٦/١ ، الديباج ٩٢/٢ ، شجرة النور ص٦٠ .

(٢) هو أبو الحسن علي بن محمد بن خلف المعافري ، المعروف بابن القابسي ، الفقيه النظار الأصولي المتكلم ، كان واسع الرواية ، عالماً بالحديث وعلله ورجاله ، له تآليف بديعة منها : كتاب الممهد في الفقه ، والمنقذ من شبهة التأويل ، وكتاب الاعتقادات ، وكشف المقالة في التوحيد ، والملخص في الموطأ ، توفي بالقيروان سنة ٤٠٣هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٦١٦/٢ ، معالم الإيمان ١٣٤/٣ ، الديباج ١٠١/٢ ، شجرة النور ص٩٧ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٥/أ .
والأمر كما قال أبو الحسن ، فقد اختلف في القائل لمعنى الشغار ، قال الشافعي : لاأدري تفسير الشغار في الحديث أو من ابن عمر أو نافع أو مالك .
الأم ، تأليف الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، تخريج وتعليق محمود مطرجي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ) ١١٣/٥ .
قلت : والذي يظهر عند التحقيق أنه من قول نافع لما في الصحيحين من طريق عبيد الله بن عبد الله بن عمر قال : حدثني نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار قلت لنافع : ماالشغار؟ قال : ينكح ابنة الرجل وينكحه ابنته بغير صداق ، وينكح أخت الرجل وينكحه أخته بغير صداق . أخرجه البخاري ، كتاب الحيل ، باب الحيلة في النكاح ٦١/٨ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم الشغار وبطلانه ١٠٣٤/٢ رقم (١٤١٥) . =

وذكر عن أبي عمران أنه قال : إنما اختلف الناس في الشغار بعد الدخول لاختلافهم في النهي هل يقتضي فساد المنهيِّ عنه بعد أن يقع أم لا ، وأما المنع منه ابتداءً فما اختلف فيه[(١)] .

قال : وتفسير الشغار في رواية ابن عمر إنما هو من تفسير نافع عن ابن عمر ومعنى الشغار لأنهم رفعوا الصداق ، من قولهم : بلدٌ شَاغِرٌ ، إذا ارتفع سلطانه ، وقولهم : شغر الكلب إذا رفع رجله للبول[(٢)] .

[فصل ٢ ـــ في تسمية الصداق في نكاح الشغار ومايترتب على ذلك]

[٤٤/ب] قال مالك : وإن قال الرجل لرجل : زوجني / ابنتك بمئة على أن أزوجك ابنتي بمئة ، أو قال : بخمسين ، فلاخير فيه ، وهو من وجه الشغار[(٣)] .

= لذا قال الحافظ ابن حجر ردّاً على من قال إنه من قول مالك : قلت : ومالكٌ إنما تلقّاه من نافع ، وذكر حديث عبد الله بن عمر . انظر : تلخيص الحبير ١٥٤/٣ .
وقال في البلوغ : واتفقا ـ أي البخاري ومسلم ـ من وجه آخر على أن تفسير الشغار من كلام نافع .
بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، تأليف : الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تصحيح وتعليق محمد حامد الفقي (بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ط/بدون ، ت"بدون) ص٢٠٥ .

(١) وقد تقدم ذكر هذا السبب قريباً .

(٢) وقد تقدم ذكر ذلك عند تعريف الشغار .
انظر : تهذيب الطالب ل٥/أ،ب .

(٣) المدونة ١٥٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .
وقوله : من وجه الشغار أي غير الصريح والمركّب ، لأن الشغار ينقسم إلى ثلاثة أقسام : صريحٌ ووجْهٌ ومُرَكَّبٌ ، فالصريح : الخالي من الصداق من الجانبين ، والوجه : المسمى فيه الصداق من الجانبين ، والمركّب : المسمى فيه لواحدة دون الأخرى .
انظر : الفواكه الدواني ١١/٢ .

قال ابن القاسم : ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لكل واحدة الأكثر من التسمية أو صداق المثل ، وليس هذا بصريح الشغار لدخول الصداق فيه إلا أن بعض الصداق لايجوز فصار كمن نكح بمئة درهمٍ وبخمرٍ ، أو بمئة نقداً ومئة إلى موتٍ أو فراقٍ ، فإنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لهما صداق المثل إلا أن يكون أقل من المئة النقد فلايُنقَص من المئة شيئاً[(١)] .

وقال في غير المدونة : أو يكون أكثر من المئتين فلايزاد .

قال ابن حبيب : قاله ابن القاسم .

وقال ابن الماجشون[(٢)] : لهما ذلك ، وإن زاد على المئتين ، ورواه مُطَرِّف[(٣)] عن مالك[(٤)] .

قال الشيخ : فوجه هذا[(٥)] : فلأنها صفقةٌ جمعت حلالاً وحراماً ففسد جميعهما ، فوجب أن يكون فيها صداق المثل مابلغ إذا فاتت كالقيمة في البيع الفاسد .

---

(١) انظر : المدونة ١٥٤/٢ ، تهذيب الطالب ص٧٩ .

(٢) هو أبو مروان عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون ، كان فقيهاً فصيحاً ، وكان مفتي أهل المدينة في زمانه ، له كتاب سماعاته ، وله رسالة في الإيمان والقدر ، والرد على من قال بخلق القرآن ، توفي سنة ٢١٢هـ .
انظر : الطبقات ٥٠٦/٥ ، ترتيب المدارك ٣٦٠/١ ، الديباج ٦/٢ ، شجرة النور ص٥٦ .

(٣) هو أبو مصعب مُطرف بن عبد الله بن مُطرف بن سليمان بن يسار الهلالي المدني ، الثقة الأمين الفقيه ، صحب مالكاً سبع عشرة سنة ، توفي بالمدينة سنة ٢٢٠هـ .
انظر : الطبقات ٥٠٤/٥ ، الديباج ٣٤٠/٢ ، شجرة النور ص٥٧ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٤/ب .

(٥) أي القول بأنه يزاد في المهر على المئتين .

ووجه قول ابن القاسم : أن النكاح لما كان طريقه المكارمة والبيع طريقه المكايسة لم يجر مجراه في جميع وجوهه ، ألا ترى أنه يجوز أن يتزوجها على وَصِيفٍ[١] أو شاةٍ ولايصف ذلك ولايضرب له أجلا ، ويكون عليه الوَسَط[٢] من ذلك حالاً ، ويجوز أن يتزوجها على عَرَضٍ موصوف ، ولايضرب له أجلاً ، ويكون حالاً ، ولايجوز مثل هذا في البيوع .

فإذا ثبت ذلك وجب إذا كان صداقها أكثر من مئتين لم يزد عليها ، لأنها رضيت بالمئة إلى موتٍ أو فراقٍ ، فإذا أعطيت هذا لم تُظلَم .

وقد قال أصبغ[٣] : إنها إذا تركت المئة للغرر أو رضي الزوج أن يعجّلها ، وذلك قبل البناء ثبت النكاح ، وهذا لايجوز في البيع[٤] ، وبالله التوفيق .

قال ابن حبيب : ولو تزوجها بمئة نقداً ومئة إلى أجل معلوم ، ومئة إلى موتٍ أو فراقٍ فلم يفسخ حتى دخل بها فلها صداق المثل ، فإن كان أقل من المئتين فلها مائتان ، مئةٌ منها إلى أجلها ، وإن كان أزيد من مئتين فالزائد على المئتين حالٌ مع المئة الحالة ، ومئةٌ إلى أجلها ، واختلف في الزائد على ثلاثمئة .

فقال ابن المواز : لايزاد على ثلاثمئة ، وقال ابن الماجشون ومُطرف : تزاد بالغاً مابلغ نقداً إلا المؤجل المعروف[٥] .

---

(١) الوَصيف : هو العبد ، والأمة وَصِيفَة ، وقيل : الوَصِيف هو الخادم ، غُلاماً كان أو جاريةً ، ويقال : وَصُفَ الغلام إذا بلغ الخدمة فهو وصِيف بيّن الوَصَافة .
اللسان، مادة (وَصَفَ) .

(٢) الوَسَط : بالتحريك المعتدل ، يقال : شيءٌ وَسَط ، أي بين الجيد والرديء ، وعبدٌ وَسَط ، وأمةٌ وَسَط .
انظر : المصباح المنير ص٦٥٨ .

(٣) هو أبو عبد الله أصبغ بن الفرج بن سعدي بن نافع المصري ، مفتي أهل مصر ، إمامٌ، ثقةٌ ، فقيهٌ ، محدّثٌ ، له تآليف حسان منها : كتاب الأصول ، وتفسير غريب الموطأ ، وكتاب آداب الصيام ، وكتاب سماعه من ابن القاسم ، توفي بمصر سنة ٢٢٥هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٦١/١ ، الديباج ٢٩٩/١ ، شذرات الذهب ٥٦/٢ ، شجرة النور ص٦٦ .

(٤)،(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٤/ب .

قال الشيخ : كان يجب إذا كان فاسداً عندهما أن يكون فيه صداق المثل حالاً كله بالغاً مابلغ لايكون فيه تأخير كالبيوع ، فيكون قول ابن القاسم في هذا أولى .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : حكي عن أبي سعيد ابن أخي هشام[1] : إنما يقوم صداق المثل على أن فيه مئة إلى سنة[2] .

قال ابن حبيب : وسواءٌ فيما ذكرنا من أول المسألة كان بعضه مؤخراً إلى غير أجلٍ ، أو إلى موتٍ ، أو فراقٍ ، أو إلى ميسرةٍ ، أو إلى أن تطلبه المرأة به وهو الآن مليءٌ أو معدمٌ ، وقاله ابن الماجشون وأصبغ[3] .

وقال ابن القاسم في قوله : إلى ميسرةٍ أو إلى أن تطلبه المرأة به ، إن كان يومئذ مليئاً فجائزٌ ، وكذلك قال ابن القاسم في العتبية : إذا تزوجها إلى ميسرةٍ ، فإن كان يومئذٍ مليئاً فالنكاح جائزٌ ، وليؤخَّر بقدر مايُرى من التوسعة على مثله ، وإن كان يومئذٍ مُعْدَماً فُسِخ ، إلا أن يبنى فيثبت ، ولها صداق المثل[4] .

قال عنه عيسى[5] : ولو ادعت امرأةٌ على زوجها أنه تزوجها بمئةٍ نقداً أو مئةٍ إلى موتٍ أو فراقٍ ، وذلك قبل البناء لم يقبل في الفسخ شهادة واحدٍ مع يمينها إذا أنكر الزوج ، وإن أقامت بذلك شاهدين فسخ وبطل الصداق ، ولو أقامت الشاهد بعد البناء حلفت وأخذت / الأكثر من المئة النقد أو صداق المثل[6] . [٤٥/أ]

---

(١) هو أبو سعيد خلف بن عمر ، المعروف بابن أخي هشام الربعي ، من أهل القيروان ، الإمام الحافظ ، كان إمامَ أهل زمانه في الفقه والورع ، تفقه على أحمد بن نصر وأبي بكر بن اللبّاد وغيرهما ، ولد سنة ٢٩٧هـ ، وتوفي سنة ٣٧١هـ وقيل ٣٧٣هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٤٨٨/٢ ، معالم الإيمان ٩٩/٣ ، الديباج ٣٤٧/١ ، شجرة النور ص٩٩

(٢)،(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٦/ب .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٨/٥،٢٩ ، تهذيب الطالب ل٦/ب .

(٥) هو أبو محمد عيسى بن دينار بن وهب القرطبي ، فقيهٌ ، عابدٌ ، زاهدٌ ،تفقّه على ابن القاسم ، به وبيحيى بن يحيى الليثي انتشر علم مالكٍ بالأندلس ، له عشرون كتاباً في سماعه عنه ، ألف في الفقه كتاب الهدية عشرة أجزاء ، توفي بطليطلة سنة ٢١٢هـ .
انظر : ترتيب المدارك ١٦/٢ ، الديباج ٦٤/٢ ، شذرات الذهب ٢٨/٢ ، شجرة النور ص٦٤

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٦/ب .

ابن حبيب : وقال أصبغ : لها أن تحلف مع شاهدها قبل البناء ؛ لأن الفسخ لايجب بذلك مكانه حتى يخير الزوج في تعجيل ذلك كله ، فإن أبى خُيِّرت الزوجة في أن تترك المؤخر ، وإن أبت فسخ النكاح .

ولو ادعت أنه تزوجها بجنينٍ أو بآبقٍ أو بثمرٍ لم يبد صلاحه لم تحلف مع شاهدها ، لأن هذا فسخٌ لاخيار[١] للزوج فيه[٢] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران في رجلين عقد كل واحدٍ منهما نكاح أخته من صاحبه في مجلسٍ واحدٍ ـ يريد بصداقٍ معلوم ـ قال : هو جائزٌ إذا لم يفهم أنه إن لم يزوج أحدهما صاحبه لم يزوجه الآخر ، فإن فهم ذلك لم يجز وكان من الشغار لدخول الصداق فيه .

قال : وإنما فُرِّق بين وجه الشغار ومن الشغار بخلاف وجه الدَّين بالدَّين الذي جُعِل كالدَّين بالدَّين ؛ لأن وجه الدَّين بالدَّين يوجد فيه الربا كما يوجد في نفس الدَّين بالدَّين ، والشغار حقيقته البُضْع بالبُضْع فلاصداق يدخل في ذلك ، ووجه الشغار الصداق يدخل فيه ، فإن كان قُرِنَ إلى ذلك البُضْع بالبُضْع فلايبلغ مبلغ نفس الشغار[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأما من خالع زوجته على حلالٍ وحرامٍ بطل الحرام وجاز منه الحلال ، ولم يكن للزوج غير ذلك ، وإن خالعها على حرامٍ كله مثل الخمر والخنزير والربا فالخلع جائز ، ولاشيء للزوج من ذلك ، ولايتبع المرأة بشيءٍ منه[٤] .

قال الشيخ : والفرق بين النكاح والخلع في هذا هو أن النكاح لايجوز إلا بعوض ، فيجب أن يفسد بفساده ، والخلع يجوز بغير عوض فلم يكن لعوضه تأثيرٌ في فساده .

---

(١) في أ ، ب "لاإخبار" ، وهو تحريف .
(٢) انظر : المصدر نفسه ل٦/ب .
(٣) أي الذي لاصداق فيه .
انظر : المصدر نفسه ٦/أ .
(٤) انظر : المدونة ١٥٤/٢ .

ومن المدونة : وإن خالعها على ثمرةٍ لم يبد صلاحها ، أو عبدٍ آبقٍ ، أو جنينٍ في بطن أمّه ، أو بعيرٍ شاردٍ جاز ذلك .

وقال ابن القاسم : وإن قال له : زوجني ابنتك بمئةٍ على أن أزوجك ابنتي بلامهر ، ففعلا ، ووقع النكاح على هذا ودخل كل واحدٍ منهما بامرأته ، فنكاح التي سمى لها المهر ثابت ، ويكون لها مهر مثلها ، ويفسخ نكاح التي لم يسم لها صداق ، دخل بها أو لم يدخل بها[١] .

قال الشيخ : يريد:أن نكاحها قبل البناء يفسخ ولاصداق لها ، وإن دخلا فسخ نكاح التي لم يسم لها صداقاً ، وأخذت مهر مثلها ، ويثبت نكاح المسمى لها ، وأخذت الأكثر من التسمية أو صداق المثل .

قال عبد الوهاب : لاخلاف أعلم أن الصداق لايجوز أن يكون غرراً ، أو مجهولاً ، أو مما لايصلح تملّكه ،ولكن الخلاف في النكاح إذا وقع على صداقٍ هذه صفته ، هل يصح ويبطل الصداق أو لايصح أصلاً؟

فعن مالك في ذلك روايتان : إحداهما : أن العقد يبطل ، ويفرق بينهما قبل الدخول وبعده ، والأخرى : أنه إن أُدْرِكَ قبل البناء فسخ ، وإن أُدْرِكَ بعد الدخول لم يفسخ .

واختلفت عبارة أصحابنا في معنى الفسخ قبل الدخول ، فظاهر قول متقدميهم وجوب الفسخ على معنى الردع ، لئلا يُقْدِمُوا عليه ، لاعلى أن العقد وقع فاسداً ثم صحّ بالدخول ، أو أن الدخول أجاز الإقرار على عقدٍ فاسدٍ على مااعترض به علينا أغبياء المخالفين ، وألزمونا على ذلك أن الدخول يجب أن يصحّح كلّ عقدٍ فاسد ،كالمتعة[٢] والشغار ونكاح المرأة على عمتها وخالتها وغير ذلك .

وذلك كله غير لازمٍ لنا ، ولامفهومٌ / من قولنا ، وإنما مراد أصحابنا [٤٥/ب] وجوب الفسخ على طريقة العقوبة لهم والردع عما فعلاه ، لئلا يعودوا إلى مثله .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ١٥٤/٢ .

(٢) أي كنكاح المتعة ، وهو النكاح إلى أجل ، انظر : الرسالة الفقهية ، تأليف أبي محمد عبد الله ابن أبي زيد القيرواني ، تحقيق الهادي حمّو ، ومحمد أبي الأجفان (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ) ص١٩٧ . وسيأتي ذكر الدليل على تحريمه .

ولامعنى لقول من قال : إنه ليس في هذا ردع ولاعقوبة لهما[١] ، لأنهما إذا فسخ[٢] [نكاحهما] [٣] عقداه في الحال ، لأن فائدة الفسخ أنه يعد طلاقاً ، فإذا نكحها عادت عنده على اثنتين ، وهذه فائدة صحيحة[٤] .

قال الشيخ : ولأنها واحدة بائنة تملك الزوجة بها نفسها ، فقد لاتشاء نكاحه ، أو تشاء بأضعاف الصداق الأول ، وفي ذلك ردع بين .

قال عبد الوهاب : وأما المتأخرون فإنهم قالوا : لما حققنا النظر علمنا أن ذلك استحباب من مالك واحتياط ليقع العقد صحيحاً بإجماع ، ولإمكان أن يستأنف بصداق صحيح ، فإذا وقع الدخول وفات بالوطء وجب فيه صداق صحيح وتقرر ، فلامعنى [للفسخ] [٥] لزوال الصداق الذي كان الفسخ من أجله[٦] لوجوب صداق صحيح ،كما لو تزوجها وبها أحد العيوب الأربعة[٧] ، لكان له الرد ، فلو زال ذلك قبل أن يرد لسقط حقه من الرد لزوال مامن أجله كان له أن يرد .

فأما من تزوج بصداق مغصوب[٨] فمن أصحابنا من فرق بينه وبين المجهول والغرر ، لأن ذلك ممنوع لحق الآدمي ، ولو أذن له لجاز ، وهذه الأشياء ممنوعة لحق الله تعالى .

---

(١) "لهما" ليست في أ .

(٢) في أ ، ب "فسخاه" .

(٣) من تهذيب الطالب .

(٤) انظر : المعونة ٧٥٢،٧٥١/٢ ، تهذيب الطالب ل٥/ب .

(٥) "للفسخ" من تهذيب الطالب .

(٦) وهو ماكان غررًا أو مجهولاً أو لايصلح تملكه .

(٧) وهي التي ترد بها المرأة وهي : الجنون والجذام والبرص وداء الفرج .
وسيأتي ذكرها في الباب الثالث والعشرين من هذا الكتاب .
انظر : الرسالة ص٢٠٣ ، المعونة ٧٧٠/٢ .

(٨) الغصب لغة : أخذ المال ظلماً ، اللسان ، مادة (غَصَبَ) .
وشرعاً : أخذ مال غير منفعة ظلماً قهرًا لالخوف قتال . شرح حدود ابن عرفة ٤٦٦/٢ .

ومن أصحابنا من ساوى بينهما وقال : يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده كما يقول فيمن صلى في دارٍ مغصوبةٍ أنه يُعيد في الوقت لابعده[١] .

قال الشيخ : وقد قيل : لايعيد في وقتٍ ولاغيره ، وهو الصواب فيه ، وفي أن لايفسخ النكاح[٢] ، وبالله التوفيق .

---

(١) تهذيب الطالب ل٥/ب ، ٦/أ .

(٢) أي إذا كان الصداق مغصوباً .

[الباب الثالث]
في إنكاح الرجل ابنته البكر والثيب وابنه الصغير ومملوكيه ومن يلي عليه غائبا أو حاضرا وتزويج اليتيمة قبل البلوغ

[فصل ١ ـــ في تزويج البكر]

قال الله عز وجل حكايةً عن شعيبٍ عليه السلام[١] : ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ﴾[٢] ولم يذكر مشورة[٣] .
وزوّج النبي صلى الله عليه وسلم ابنتيه لعثمان ولم يستشرهما[٤] ، وتزوج

---

(١) قد اختلف المفسرون في المراد بشعيب على أقوال :
الأول : أنه شعيبٌ النبي عليه السلام الذي أرسله الله إلى أهل مَدْيَن ، وهذا القول هو المشهور عند كثيرٍ من العلماء ، والثاني : أنه ابن أخي شعيب ، والثالث : أنه رجلٌ مؤمنٌ من قوم شُعيب ، قال ابن جرير الطبري : الصواب أن هذا لايُدرَك إلا بخبر،ولاخبر تجب به الحجة في ذلك .
وقال ابن كثير : من المقوّي لكونه ليس بشعيبٍ أنه لو كان إياه لأوشك أن يُنَصَّ على اسمه في القرآن ههُنا .
انظر : تفسير القرآن العظيم ، تأليف الحافظ عماد الدين إسماعيل بن كثير الدمشقي (بيروت : دار المعرفة ، ط/بدون ، ١٤٠٣هـ) ٣٨٥،٣٨٤/٣ .

(٢) سورة القصص : آية ٢٧ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٣/أ .

(٤) ورد هذا الحديث في المدونة من رواية ابن وهب قال : أخبرني السري بن يحيى عن الحسن البصري أنه حدثه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ... الحديث ١٥٧/٢ .
وهو ضعيفٌ بسبب إرسال الحسن .
وقد كان فعله صلى الله عليه وسلم في تزويج بناته خلاف ذلك فكان إذا خطب إليه بعض بناته أتى الخِدْرَ فقال : "إن رجلاً أو إن فلاناً يخطب فلانة" فإن طَعَنَت في الخِدْرِ لم ينكحها وإن لم تطعن في الخِدْر أنكحها . =

عائشة رضي الله عنها وهي بنت سبع سنين ، وقيل : بنت ست سنين ودخل بها بنت تسع[١] .

قال بعض البغداديين : ويستحب له[٢] استئذانها ، لقوله صلى الله عليه وسلم "شاوروا النساء في أبضاعهن"[٣] ، ولأن ذلك أطيب لقلبها من غير ضررٍ يلحقه به.

وقيل : إنه ربما كان بها عيبٌ لم يَعلم به ولو علمه لم يزوجها ، فإذا استأذنها أعلمته به فتَحَرَّز منه .

وعنه في المُعَنَّسة[٤] روايتان : إحداهما : بقاء الإجبار عليها ، والثانية : زواله.

فوجه بقائه : اعتباراً بغير المعنَّسة لِعلَّة البكارة ، ووجه زواله : أن المعنى الموجب للإجبار في الصغيرة التي لم تعنَّس قِلَّة خبرتها بالأمور ، وعدم معرفتها بمصالحها ، وذلك منتفٍ في المعنَّسة لبروز وجهها ومعرفتها بمصالحها ، فقام ذلك مقام الثيوبة في رفع الإجبار عنها[٥] .

- وقد روي بألفاظٍ متعددةٍ ، أخرجه عبد الرزاق ، باب استئمار النساء في أبضاعهن ١٤٤/٦ رقم (١٠٢٨٩) ، (١٠٢٩٠) ، وسعيد منصور ، باب ماجاء في استئمار البكر والثيب ١٥٥/١ رقم (٥٦٢) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب إذن البكر الصمات وإذن الثيب الكلام ١٩٩/٧ رقم (١٣٧٠٧،١٣٧٠٨،١٣٧٠٩) .

(١) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب إنكاح الرجل ولده الصغار ١٣٤/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب تزويج الأب البكر الصغيرة ١٠٣٨/٢ رقم (١٤٢٢) .

(٢) أي لولي المرأة ، والولي في النكاح عرفه ابن عرفة بأنه : من له على المرأة مِلكٌ أو أبوةٌ أو تعصيبٌ أو إيصاءٌ أو كفالةٌ أو سلطنةٌ أو ذو إسلام . شرح حدود ابن عرفة ٢٤١/١ . ولعل المراد به هنا الأب .

(٣) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب إذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام ١٩٩/٧ رقم (١٣٧٠٦) بلفظ "في انفسهن" ، ورقم (١٣٧٠٥) بلفظ "أمروا النساء في أنفسهن" ، والنسائي ، كتاب النكاح ، باب إذن البكر ٦٤/٦ رقم (٣٢٦٦) بلفظ "استأمروا النساء في أبضاعهن" ، وأخرجه الحاكم ، كتاب النكاح ١٨١/٢ رقم (٢٧٠٣) بلفظ "لاتنكحوا النساء حتى تستأمروهن" وصححه ووافقه الذهبي .

(٤) المُعنَّسة : هي التي قد علت سِنُّها ، وبرز وجهها وخبرت الأمور . انظر : المعونة ٧١٩/٢ .

(٥) المصدر نفسه ٧١٩/٢،٧٢٠ .

فصل : [٢ ــ في تزويج الثيب]

وقال صلى الله عليه وسلم : "الأيِّم أحقُّ بنفسها من وليِّها" ، وروي : "الثيب" مُفسَّراً[١] .

وقوله : "ليس للولي مع الثيب أمر"[٢] .

وقال صلى الله عليه وسلم : "البكر تُستأذن في نفسها ، وإذنها صماتها"[٣] .

قال مالك : وذلك عندنا في البكر اليتيمة[٤] ، وكذلك هو مفسرٌ في رواية ابن وهب[٥] : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "اليتيمة تُستأمر في نفسها ، فإن

---

(١) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت ١٠٣٧/٢ رقم (١٤٢١) .
قال ابن الجوزي : قوله : "الأيم أحق بنفسها" أراد : الثيب خاصة . غريب الحديث ٤٩/١ .

(٢) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في الثيب ٥٧٨/٢، ٥٧٩ رقم (٢١٠٠) ، والنسائي ، كتاب النكاح ، باب استئذان البكر في نفسها ٦٣/٦ رقم (٣٢٦٣) ، وابن حبان في صحيحه انظر : الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان ، ترتيب الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي ، ضبط كمال يوسف الحوت (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٧هـ) ، كتاب النكاح ، باب الولي ١٥٦/٦ رقم (٤٠٧٧) ، والدارقطني ، كتاب النكاح ٢٣٩/٣ رقم (٦٦، ٦٧) .
قال ابن حجر : رواته ثقات ، قاله أبو الفتح القُشيري .التلخيص الحبير ١٦١/٣ .

(٣) هذا الحديث تتمة لحديث : "الأيم أحق بنفسها من وليها" .

(٤) المدونة ١٥٨/٢ .

(٥) هو أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي مولاهم المصري ، الإمام الجامع بين الفقه والحديث ، ثقةٌ ، حافظٌ ، حجةٌ ، كان من أوعية العلم ومن كنوز العمل ، له تآليف حسنة منها : سماعه من مالك ، وموطؤه الكبير ، وموطؤه الصغير ، وجامعه الكبير ، توفي بمصر سنة ١٩٧هـ .
انظر : الطبقات ٣٥٩/٧ ، ترتيب المدارك ٤٢١/١ ، سير أعلام النبلاء ١٤٠/٨ ، شجرة النور ص٥٨ .

سكتت / فهو إذنها ، وإن أبت فلاجواز عليها"[1] . [٤٦/]

ابن وهب : وجاء عن عمر بن عبد العزيز وابن شهاب[2] : أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : "كل يتيمةٍ تُستأمر في نفسها فما أنكرت لم يَجُز عليها ، وماصمتت عنه وأقرَّت عليه جاز عليها وذلك إذنها"[3] .

قال إسماعيل القاضي[4] : الأيِّم التي لازوج لها ، بالغاً كانت أو غير بالغ ، بكراً كانت أو ثيباً ، ولو كان كما توهَّم قوم أنها الثيب خاصة لكانت الثيب أحقَّ بنفسها من وليها ، والبكرليست بأحقَّ بنفسها من وليها ، ولكن الاستئمار إنما هو على الترغيب لاعلى الإيجاب ، وإنما في الحديث[5] معنيان : أحدهما : أن الأيامى

---

(١) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في الاستئمار ٥٧٣/٢،٥٧٤ رقم (٢٠٩٣) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في إكراه اليتيمة على التزويج ٤١٧/٣،٤١٨ رقم (١١٠٩) وقال : حديث حسن ، وابن حبان ، كتاب النكاح ، باب الولي ١٥٣/٦ رقم (٤٠٦٧) ، والحاكم ، كتاب النكاح ١٨٠/٢،١٨١ رقم (٢٧٠٢) وصححه ووافقه الذهبي.

(٢) هو أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبد الله الأصغر بن شهاب الزهري المدني ، نزيل الشام ، تابعيٌ مشهورٌ ، سمع من سهل بن سعد وأنس بن مالك وخَلق ، كان ثقةً كثير العلم والرواية فقيهاً جامعاً ، توفي سنة ١٢٤هـ .
انظر : الطبقات ٣٤٨/٥ ، سير أعلام النبلاء ١٣٣/٦ ، الشذرات ١٦٢/١ .

(٣) أخرجه في المدونة ١٥٩/٢ ، وفي سنده مجهولون ، وأخرجه عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب استئمار اليتيمة في نفسها ١٤٤/٦ رقم (١٠٢٩٥) ، وابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، في اليتيمة تستأمر في نفسها ٤٤٦/٣ رقم (١٥٩٧٦) بلفظ : "تستأمر اليتيمة في نفسها فصمتها إقرارها" . والحديث مرسل ، ويشهد له الحديث السابق .

(٤) هو القاضي أبو إسحاق إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل بن حماد بن زيد الجهضمي الأزدي قاضي بغداد ،كان إماماً فقيهاً مجتهداً حافظاً معدوداً في طبقات القراء وأئمة اللغة ، له تآليف كثيرة منها : موطؤه ، وأحكام القرآن ، والمبسوط في الفقه ، وشواهد الموطأ ، وكتاب الأصول ، توفي فجأة سنة ٢٨٢هـ .
انظر : ترتيب المدارك ١٦٨/٢ ، سير أعلام النبلاء ٦٥٣/١٠ ، الديباج ٢٨٢/١ ، شجرة النور ص٦٥ .

(٥) أي حديث : "الأيم أحق بنفسها من وليها" .

أحق بأنفسهن ، والمعنى الآخر : تعليم كيف تستأذن البكر منهن ، وأن إذنها صماتها ، لأنها تستحي أن تُجيب بلسانها[١] .

[فصل ٣ ـــ فيمن له حق الإجبار في النكاح]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا ردّت المرأة الرجال رجلاً بعد رجل لم تجبر على النكاح ، ولايُجْبِرُ أحدٌ أحداً على النكاح إلا الأب في ابنته البكر ، وفي ابنه الصغير ، وفي أمته ، وفي عبده ، والولي في يتيمة ـ يريد الوصي .

قال مالك : ولايزوج البكر [اليتيمة][٢] وليها وإن كانت سفيهةً إلا برضاها ، للحديث[٣] .

قال ابن القاسم : ومن زوجَ ابنته الصغيرة بأقلّ من مهر مثلها جاز إن كان على وجه النظر[٤] ، وقد أتت امرأةٌ مطلقةٌ إلى مالكٍ فقالت له :إن لي ابنةً في حجري موسرةً مرغوباً فيها ، وقد أُصْدِقتْ صداقاً كثيراً ، وأراد أبوها[٥] أن يزوجها من ابن أخٍ له فقير؟ فقال لها مالك : إني لاأرى لكِ في هذا مُتكلَّماً .

قال ابن القاسم : وأنا أرى أن نكاح الأب إياها جائزٌ إلا أن يأتي من ذلك ضررٌ فيُمْنَع .

قال سحنون : الضرر في البدن من الجنون أو غير ذلك ، فأما الفقر فلا ، وتزويجه جائز[٦] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٦/ب ، ٧/أ .

(٢) من تهذيب المدونة .

(٣) أي قوله عليه الصلاة والسلام : "اليتيمة تستأمر في نفسها" الحديث . سبق تخريجه ص٢٣ .

(٤) أي مراعاة الأصلح في حق الصغيرة .

(٥) "أبوها" ليست في أ .

(٦) انظر : المدونة ١٥٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

فصل[٤ـ في تزويج الأب ابنته المطلقة أو التي مات عنها زوجها]

قال مالك : ومن زوج ابنته البكر فطلقها الزوج قبل البناء ، أو مات عنها فلأبيها أن يزوجها كما يزوج البكر .

قال مالك : فإن بنى بها الزوج ثم طلقها أو مات عنها فهي أحق بنفسها[١].

قال ابن القاسم : وتسكن[٢] حيث شاءت إلا أن يخاف عليها الضيعة والمواضع السوء ، ويخاف عليها الفضيحة من نفسها وهواها فيكون للأب أو للولي أن يمنعها من ذلك[٣] .

ومن كتاب الخلع قال : ولو رجعت هذه الثيب إلى الأب قبل بلوغها فله إنكاحها كالبكر ، لأن النفقة ترجع على الأب لها[٤] .

قال ابن المواز : ولأن الذي أثبت ولاية أبيها عليها الصغر والبكورية ، فإذا سقط سبب البكورية بقي ولاية الصغر، فإذا ذهب الصغر انقطع بقية سبيله عليها ، لأنها قد افْتُضَّتْ[٥] بنكاح وبلغت المحيض .

وكذلك عن ابن القاسم وأشهب : أن الأب يزوجها إذا رجعت إليه ثيباً مالم تحض .

وقال سحنون : يزوجها بغير رضاها وإن حاضت[٦] .

قال الشيخ : ووجه هذا : أنها صغيرة .

مالك : للأب إجبارها على النكاح ، فلايزيله من يده بلوغها أصله البكر ، ولأنها رجعت إليه وملك منها ماكان يملكه / قبل الدخول ، وصارت كمن دخل بها ، فلايزيل مابيده منها البلوغ ، كالتي لم يُدْخَل بها[٧] . [٤٦/ب]

---

(١) انظر : المدونة ٢/١٥٥ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

(٢) أي البكر المطلقة أو التي مات عنها زوجها .

(٣) انظر : المدونة ٢/١٥٥،١٥٦ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٦٦ .

(٥) أي أزيلت بكارتها .

(٦) وينفق عليها ، انظر : النوادر والزيادات ل٢١٣/ب .

(٧) انظر : المعونة ٢/٧٢١ .

ومن النكاح قال مالك : وإذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء ،وليس لأبيه منعه .

قال ابن القاسم : إلا أن يخاف من ناحيته سفهاً فله منعه[١] .

[فصل ٥ ـــ في تزويج الأب ابنته التي زنت والتي زوجت تزويجا حراما]

قال : وإذا زنت البكر فحُدَّت أو لم تُحَد فلأبيها أن يزوجها كما يزوج البكر.

وإن زوجها تزويجاً حراماً ثم بنى بها الزوج وجامعها ثم طلقها أو مات عنها بالقرب لم يكن لأبيها أن يزوجها كما يزوج البكر ؛ لأنه نكاحٌ يُلحق فيه الولد ، ويُدرأ فيه الحد[٢] .

قال مالك : وتعتد منه في بيت زوجها الذي كانت تسكن فيه[٣] .

قال ابن القاسم : فجعل العدة فيه كالعدة في النكاح الحلال ، فهذا يدلّك أنه خلاف الزنا في تزويج الأب إياها[٤] .

قال عبد الوهاب : لأن رفع الإجبار بالثيوبة هو لزوال الحياء والانقباض[٥] الذي يكون في البكر ، وهذا منتفٍ في المزنيِّ بها أو المغصوبة ؛ لأن الحياء يغلب عليها أشدَّ من غلبته على البكر ، لقبيح مارَكِبَتْه أو رُكِبَ منها ، وللعار الذي لحقها ويزهد في مثلها ، فوجب بقاء الإجبار عليها ؛ ولأن ذلك لما لم يرفع عنها ولاية المال فكذلك لايرفع إجبار النكاح[٦] .

---

(١) انظر : المدونة ١٥٧/٢ .

(٢)،(٣)،(٤) انظر : المصدر نفسه ١٥٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

(٥) "والانقباض" ليست في أ .

(٦) انظر : المعونة ٧٢١/٢ .

(١)**قال الشيخ** : وليس مايرفع إجبار النكاح يرفع ولاية المال(١)(٢) .

وقال ابن حارث الأندلسي(٣) : إن محمد بن عبد الحكم(٤) قال : لايزوجها أبوها إلا برضاها كالثيب(٥) .

قال عبد الوهاب : وألزمت في مجلس النظر بحضرة ولي العهد أنه إذا كانت العلة في المزنيّ بها الحياء فإذا تكررمنها الزنا فقد ارتفع حياؤها وزالت علة الإجبار ولم يكن لأبيها أن يزوجها إلا برضاها ، فالتزمتُ ذلك للمُخَالف وبالله التوفيق(٦) .

---

(١) ساقط من أ .

(٢) يظهر أن هذا التعليق من المؤلف رحمه الله لئلا يُفهم من كلام القاضي أن مايرفع الإجبار على النكاح يرفع ولايتها على المال ، بل تكون الولاية على مالها باقيةً حتى يُعرف رشدها .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن حارث بن أسد الخشني القيرواني ثم الأندلسي ، الفقيه الحافظ الإمام العالم المؤرخ ، له تآليف حسنة منها : كتاب الاتفاق والاختلاف في مذهب مالك ، وكتاب علماء إفريقية ، وكتاب تاريخ قضاة الأندلس ، وكتاب الفُتيا ، توفي بقرطبة سنة ٣٦١هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٣١/٢ ، معالم الإيمان ٨١/٣ ، شجرة النور ص٩٤ .

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عبد الحكم ، كان من العلماء الفقهاء ، إليه انتهت الرياسة والفتيا بمصر ، سمع من عبد الرحمن بن زياد ومالك وحيوة بن شريح وغيرهم ، له تآليف كثيرة منها : كتاب أحكام القرآن ، وكتاب الوثائق والشروط ، وكتاب الرد على الشافعي ، وكتاب آداب القضاة ، توفي سنة ٢٦٨هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٦٢/٢ ، الديباج ١٦٣/٢ ، شجرة النور ص٦٧ .

(٥)،(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٧/أ .

[فصل ٦ ــ في تزويج الأب من فارقها زوجها بعد إقامتها معه وقبل المسيس]

ومن المدونة : قال مالك : ومن زوج ابنته البكر فدخل بها ، ثم فارقها قبل أن يمسها ، فإن طالت إقامتها مع زوجها وشهدت مشاهد النساء فلايزوجها أبوها إلا برضاها ، وأرى السنة طول إقامة ، وإن كان أمرًا قريبًا فله أن يزوجها[١] .

قال ابن القاسم في المستخرجة : وإن فارقها بعد ستة أشهر فليؤامرها الأب إن زوجها ، فإن لم يؤامرها فالنكاح جائز[٢] .

قال مالك : وإن فارقها بعد شهرين فلايؤامرها[٣] .

قال عبد الوهاب : إنما ذلك ؛ لأن عودتها إلى الأب إذا كان عن قُرْبٍ فكأنها على الحال التي كانت عليها عنده من الحياء وقلة خبرتها بالأمور ، وقلة معرفتها بمصالحها ، فهي كالتي لم يدخل بها ، وإذا طال أمرها طُولاً تَخْبُرُ به مواضع حظوظها ، وتعرف مصالحها ، وبرز وجهها فقد صارت كالثيب ، فانقطع الإجبار عنها .

قال : وفي حدّ الطول روايتان :

إحداهما : سنة ، والأخرى : لاحدَّ فيه أكثر من العُرف .

فوجه السنة : أنها مدة جُعِلَتْ في الشرع حَدًّا لأمور منها العنَّة[٤] ، وفي

---

(١) انظر : المدونة ١٥٦/٢ ؛ تهذيب المدونة ص٧٩ .
وقد ذكر ابن رشد قولاً ثالثاً يُعَدُّ تفصيلاً في المسألة بحيث يُحَمّل كل واحد من القولين على حال فقال : وقيل : حكمها حكم الثيب في أنها لاتزوج إلا برضاها ، وحكم البكر في أن إذنها صماتها . المقدمات الممهدات ٤٧٧/١ .

(٢) العتبية مع البيان والتحصيل ٢٩٤/٤ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٤٣٨،٤٣٧/٤ .

(٤) العِنِّين : هو الذي لايقدر على إتيان النساء أو لايشتهي النساء .
انظر : المصباح المنير ص٤٣٣ .
فالعنِّين إن نكح ثم رافعته امرأته فإنه يؤجل سنة ، وسيأتي ذكر ذلك بالتفصيل في الباب الثالث والعشرين .

الأدواء الثلاثة في عُهْدَة الرقيق[١] ، وانقطاع الشُّفْعَة[٢] بعد العام ، فكذلك هاهنا .

ووجه نفي التحديد أن كلَّ أمرٍ احتيج فيه إلى اختبارٍ وتَعَرُّفِ حالٍ ولم يرد فيه توقيفٌ بتحديد مدةٍ وجب الرجوع فيه إلى العرف[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك إن زوجها أبوها وهي بكرٌ فدخل بها زوجها ثم مات عنها ، أو طلقها فقالت الجارية : / ماجامعني ، وقد كان الزوج أقر بجماعها ، فإن كانت إقامته معها أمراً قريباً جاز إنكاح الأب عليها ؛ لأنها تقول : أنا بكر ، وتُقِرُّ بأن صُنْعَ الأب جائزٌ عليها ، ولايضرها ماقال الزوج من وطئه إياها ، وإن طالت إقامتها معه فلايزوجها أبوها إلا برضاها ، أقرَّت بالوطء أو لم تُقِر[٤] . [٤٧/أ]

---

(١) العُهْدَة : هي تعلُّق ضمان المبيع من كل حادثٍ أو من حادثٍ مخصوصٍ في زمنٍ محدودٍ.
قال النفراوي : وهي جائزةٌ معمولٌ بها في الرقيق فقط ، لأن له قدرةً على التحيُّل بكتم بعض عيوبه دون غيره . الفواكه الدواني ١٠٥/٢ .
والأدواء الثلاثة هي : الجنون والجُذام والبَرَص ، وتسمى العهدة من هذه الثلاثة عُهدَة السنة ، فكل ماظهر في هذه المدة من هذه الأدواء فهو من البائع .
انظر : الرسالة ص٢١٦ ، المنتقى ١٧٥/٤ .

(٢) الشفعة لغة : مشتقةٌ من الشفع وهو خلاف الوتر ، وهو الزوج ، وقيل : مشتقة من الزيادة ، لأن الشفيع يضمُّ المبيع إلى مِلكه فيشفعه به كأنه كان واحداً وِتْراً فصار زوجاً شَفْعَاً .
انظر : اللسان ، مادة (شفع) .
وشرعاً : استحقاق شريكٍ أخذ مبيع شريكه بثمنه .
شرح حدود ابن عرفة ٤٧٤/٢ .

(٣) انظر : المعونة ٧٢١/٢،٧٢٢ .

(٤) انظر : المدونة ١٥٦/٢،١٥٧ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

فصل : [٧ ــ في سكوت البكر والثيب عند استئذانهما في النكاح]

قال مالك : وإذا قال للبكر وليها : إني مزوجكِ من فلان ، فسكتت فذلك رضىً منها[١] .

قال غيره[٢] : إذا كانت تعلم أن السكوت رضى[٣] .

قال مالك : وإذا سكتت فذهب الولي فزوجها من ذلك الرجل ، ثم أنكرت ، لزمها النكاح ، ولم ينفعها إنكارها بعد سكوتها[٤] .

قال الشيخ : لقوله صلى الله عليه وسلم : "فإن سكتت فهو إذنها"[٥] .

قال مالك : وأما الثيب إذا قال لها أبوها أو وليها : إني مزوجك من فلان ، فسكتت ، فلايكون سكوتها إذناً ولارضىً إلا أن تتكلم وتستخلف الولي على إنكاحها[٦] .

قال عبد الوهاب : وإنما خُصَّت البكر بالصمات لقوله عليه الصلاة والسلام في البكر : "إذنها صماتها"[٧] ؛ ولأن الحياء يغلب عليها لئلا تُنْسَبُ متى نطقت إلى الشهوة والميل إلى الرجال فيكون ذلك مُزَهِّداً فيها ، وأما الثيب فلقوله صلى الله

---

(١) انظر : المدونة ٢/١٥٦،١٥٧ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

(٢) أي غير ابن القاسم من رواة مالك كما يفهم من المدونة .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ٢/١٥٧ .

وعِلمُ البكر بأن إذنها صماتها مما استحبّه مالك ، قال الباجي : وقد استحبَّ مالكُ من رواية ابن الماجشون أن تُعلَم البكر أن إذنها صماتها لئلا تجهل ذلك فتصمُت في الكراهية .

المنتقى ٣/٢٦٧ .

وذكر القاضي عبد الوهاب ذلك وبين أنه ليس شرطاً في صحة الإذن كما سيأتي قريباً .

(٥) سبق تخريجه ص٢٣ .

(٦) انظر : المدونة ٢/١٥٧ .

(٧) سبق تخريجه ص٢٣ .

عليه وسلم : "الثيب تُعْرِبُ عن نفسها"[١] ؛ ولأن الثيب قد زال عنها الحياء ببروز وجهها ومعرفتها بما يُرادَ منها[٢] .

قال : وينبغي أن تعلم البكر إذا صمتت أن ذلك إذنٌ منها احتياطاً لجواز أن تظن أن ذلك ليس بإذن ، وليس ذلك بشرطٍ في صحة الإذن[٣] .

ومن المدونة : قال مالك : وليست المشورة بلازمةٍ للأب في الأبكار ، وروى ابن وهب أن النبي عليه الصلاة والسلام زوج عثمان ابنتيه ولم يستشرهما[٤].

قال مالك : ويلغني أن القاسم بن محمد[٥] وسالماً[٦] كانا يُنْكِحَان بناتهما الأبكار ولايستأمرانهن[٧] .

قال مالك : وذلك الأمر عندنا في الأبكار[٨] .

---

(١) أخرجه ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب استئمار البكر والثيب ٦٠٢/١ رقم (١٨٧٢) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب إذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام ١٩٩/٧ رقم (١٣٧٠٥،١٣٧٠٦) ، والحديث حسن يشهد له حديث : "الثيب أحق بنفسها من وليها" .

(٢)،(٣) انظر : المعونة ٧٢٥/٢،٧٢٦ .

(٤) سبق تخريجه ص٢١ .

(٥) هو القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق ، الإمام ، القدوة ، الحافظ ، الحجة ، عالم وقته مع سالم وعكرمة ، وُلِد في خلافة علي ، ورُبِّي في حجر عمَّته أم المؤمنين عائشة ، وتفقه منها وأكثر عنها ، توفي سنة ١٠٨هـ .
انظر : الطبقات ١٤٢/٥ ، سير أعلام النبلاء ٥٣٤/٥ .

(٦) وهو سالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب .

(٧) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب استئذان البكر والأيم في نفسها ٤١٥/٢ رقم (٦) .

(٨) انظر : المدونة ١٥٨/٢ .

فصل : [٨ ــ في تزويج الأخ أخته بغير أمرها]

قال ابن القاسم : ومن زوج أخته البكر أو الثيب بغير أمرها فبلغها ذلك فرضيت ، فبلغني أن مالكاً قال مرة : إن كانت بغير البلد أو فيه فتأخّر إعلامها لم يجز ، وإن قَرُبَ جاز[١] .

قال سحنون في المستخرجة : إن كانت عن البلد غائبةً مثل البَرِيد[٢] واليوم وشبهه ، والقُلْزُم[٣] من مصر وبينهما يومان فهو قريبٌ إذا أرسل إليها في فور ذلك فأجازت ، فأما مثل الاسكندرية[٤] وأسوان[٥] فلايجوز وإن أجازت ، وقاله أصبغ[٦].

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وسألنا مالكاً ونزلت بالمدينة في رجلٍ زوَّج أخته فقالت حين بلغها : ماوكّلت ولاأرضى ، ثم كُلِّمَتْ في ذلك فرضيت؟ فقال لايجوز هذا النكاح ، ولايُقام عليه حتى يأتنفا نكاحًا جديداً[٧] [٨] . / [٤٧/]

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٢/١٥٧، ١٥٨ ، تهذيب المدونة ص٧٩ .

(٢) البريد : هو الرسول ، ثم استعمل في المسافة التي يقطعها وهي اثنا عشر ميلاً ، وجمعه بُرُد بضمتين .
انظر : المصباح المنير ص٤٣ .

(٣) القُلْزُم : مدينةٌ قديمةٌ بمصر كانت مبنيةً على شفير البحر ، ينتهي هذا البحر إليها ثم ينعطف إلى ناحية بلاد البجّة .
انظر : معجم البلدان ، تأليف شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت الحموي (بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٥م) ٤/٣٨٨ .

(٤) الاسكندرية : مدينةٌ قديمةٌ بمصر على ساحل البحر الأبيض ، فتحت سنة ٢٠هـ في خلافة عمر رضي الله عنه على يد عمرو بن العاص رضي الله عنه بعد قتالٍ ومُمَانعةٍ ، وقد اختلف في أول من أنشأها اختلافاً كثيراً .
انظر : المصدر نفسه ١/١٨٢ .

(٥) أسوان : مدينةٌ كبيرةٌ في آخر صعيد مصر ، وأول بلاد النوبة على النيل في شرقيه .
انظر : المصدر نفسه ١/١٩١ .

(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤/٢٦٨ ، النوادر والزيادات ل٢٢٣/ب ، ٢٢٤/أ .

(٧) "يأتنفا نكاحاً جديدًا" مكانها بياض في ب .

(٨) انظر : المدونة ٢/١٥٨ ، تهذيب المدونة ص٧٩، ٨٠ .

قال في كتاب ابن المواز : إذا علمت فأنكرت ، ثـم أجازت لم يجز النكـاح ولم يُقَرَّا عليه .

قيل لمالك : فإن قالت حين بلغها : ماوكّلته ولم أرض ، ثم أقرت بعد ذلـك بوكالته ، وبأنها كانت راضيةً وهي وكّلته؟

فقال مالك : لايجوز ولايثبت إلا بنكاحٍ جديدٍ[١] .

[فصل ٩ ــ في تزويج الأب ابنه الكبير وابنته الثيب وهما غائبان]

ومن المدونة : قال مالك : ومن زوج ابنه الكبير المنقطع عنه أو ابنته الثيب وهما غائبان ، فرضيا بفعل أبيهما لم يجز النكاح ؛ لأنهما لو ماتا لايتوارثان[٢] .

قيل لابن المواز : فيفسخ النكاح قبل أن يعلما؟

قال : إن كان ذلك عن قُرْبٍ لم يفسخ حتى يعلما فيجيزا أو يَرُدَّا ، وإن كان على بُعدٍ فُسِخَ مكانه إذا علم أنه أُفْتِيْتَ[٣] عليهما بغير علمهما .

قال ابن المواز : وأحب إلينا في الابن الكبير البـائن [عنـه][٤] ألا يفسخ بعد البناء إذا رضي حين بلغه ، وقاله ابن القاسم .

وقال أيضاً أصبغ : إنما يؤمران قبل البناء بالفسخ بغير حكمٍ للاختلاف فيه[٥] - يريد: في البعيد الغيبة .

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٦٧/٤ .

(٢) انظر : المدونة ١٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٣) الافتِيَات : مشتقٌ من فَاتَ ، وهو السبق إلى الشيء ، يُقال : افتأت بأمره وبرأيه أي : استبدَّ بـه ولم يستشر من له الرأي فيه .
معجم لغة الفقهاء ، تأليف محمد رواس قلعه جي ، وحامد صادق قنيبي (بيروت : دار النفائس الطبعة الثانية ، ١٤٠٨هـ) ص٨٠ .

(٤) من النوادر .

(٥) النوادر والزيادات ل٢٢٤/أ .

قال ابن القاسم : قال مالك : فأما إذا قال الخاطب : هو أمرني بذلك ، أو هي أمرتني ، ثم قال المتزوج منهما الحاضر : لاحاجة لي بنكاح من إذا قدم كان عليّ بالخيار ، لم يكن ذلك له حتى يقدم الغائب ، فإن أقر لزمه ، وإن أنكر لم يقبل منه إنكاره بتوكيله مَنْ زوّجه حتى يحلف أنه ماأمره ولابعثه ، وإذا حلف سقط عنه النكاح .

قال الشيخ : ظاهره أنه إن نكل لزمه النكاح - .

وذكر ابن حبيب : إنه إن لم يحلف لم يلزمه النكاح بنكوله .

وذكر عن غير واحدٍ من أصحاب مالك : أنه لايمين في ذلك .

ابن المواز : قيل : فإن أقر الرسول بعد العقد بأن ذلك بغير أمر الغائب؟

قال : إذا كان ذلك بعد النكاح لم يقبل قوله حتى يثبت ذلك بأمرٍ لاشك فيه ، أو يقدم الغائب فيحلف[1] .

[فصل ١٠ ــــ في تزويج اليتيمة قبل البلوغ]

ومن المدونة : قال مالك : ولاتتزوج اليتيمة التي مُولًّى عليها[2] حتى تبلغ وتأذن في ذلك ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر باستئذان اليتيمة[3] ، ولاإذن إلا للبالغة[4] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٢٢٣/ب .

(٢) المُوَلَّى عليه : هو الذي عليه الولاية ، يقال منه : مُولىً عليه ومَوْلِيٌّ عليه فهو مُولىً كمُوصىً . انظر : غرر المقالة في شرح غريب الرسالة ، تأليف أبي عبد الله محمد بن منصور بن حمامه المغراوي ، تحقيق الهادي حمو ومحمد أبو الأجفان (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ) مطبوع بهامش الرسالة لابن أبي زيد ص٢٢٦ .

(٣) أي في قوله صلى الله عليه وسلم : "اليتيمة تستأمر في نفسها" الحديث . وقد سبق تخريجه ص٢٣ .

(٤) انظر : المدونة ١٥٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

قال ابن المواز : وكذلك وصيٌّ أبيها لايزوجها حتى تبلغ ويشاورها .

قال : ولو رضيت في الصغر فزوجت ماكان ذلك تزويجاً ، ويفسخ إلا أن يتقادم ذلك بعد الدخول فيُقرَّا عليه .

ـ قال الشيخ : يريد وإن كرهت ـ .

قال ابن القاسم : فإذا لم يدخل فإنه يفسخ أبداً وإن طال ورضيت .

وسئل عن التي بنى بها وقد ولدت؟

فقال : مُذْ كم بنى بها؟

قال : منذ ثمانية عشر شهراً .

قال : أرى أن يفسخ .

قيل : فاليتيمة تبلغ حد الوطء وهي محتاجةٌ فتخطَب وتبلغ النكاح؟

قال : لايزوجها وصيٌّ ولاوليٌّ حتى تبلغ المحيض .

قيل لابن القاسم : فإن قاربت وأشعَرت؟

قال : إذا جرت عليها المَواسِي[١] وشارفت الحيض فَلْيُنْكِحْها وصيها برضاها فإن لم يكن وصيها فوليها برضاها ، وقاله أصبغ ، ثم رجع أصبغ ، فأباه حتى تبلغ سنّاً لايبلغه أحدٌ إلا حاض ، فإن زوِّجت قبل ذلك فسخ .

قال ابن المواز : وأحب إلي ألا يفسخ إذا زوجت بعد الإشعار[٢] .

وقد سئل مالك عن صبيةٍ من الأعراب صغيرةٍ محتاجةٍ تطوف وتَسأل ، ولَّت أُمُّها رجلاً فزوجها في غنى؟

قال مالك : بِنتُ كم هِي؟

قيل له : بنت عشر سنين .

---

(١) المواسي : جمع مُوسَى الحجّام ـ أي الحلاّق ـ أي قد نبتت عانتها فحلقتها .
انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ، تأليف الجبي ، تحقيق محمد محفوظ (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٢هـ) ص٥٥ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٤/٤أ ، ب .

قال : إذا كانت هكذا في حاجةٍ مُلحَّةٍ تتكفَّف ، /يُعرفُ ذلك منها ، [٤٨/أ] فلابأس بذلك إذا رضيت ، ولو كانت صغيرةً لم يجز[١] .

[فصل ١١ ـــ في تزويج اليتيمة بعد البلوغ بغير أمرها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا بلغت اليتيمة فزوجها وليها بغير أمرها ثم أعلمها بالقرب فرضيت جاز ، ولايكون سكوتها هاهنا رضى[٢] .

قال الشيخ : وإنما لم يجعل سكوتها هاهنا رضىً لتعدِّيه في العقد عليها قبل إعلامها ، فزال الحياء عنها الذي أوجب أن يكون صمتها رضى ، والأول إنما عَقَدَ بعد إعلامها ، فَجُعِلَ سكوتها رضىً كما جاء في الحديث[٣] .

قال الشيخ : ولو زوجها بغير أمرها ثم أعلمها بذلك فسكتت ، فأعلمها أن سكوتها وترك ردها له نطقاً يكون رضىً به ، وأَشهد عليها بذلك ، وكل ذلك هي ساكتة ، لَعُدَّ ذلك منها رِضىً ، ولاكلام لها بعد ذلك . والله أعلم .

ابن المواز : قال أشهب[٤] عن مالكٍ في امرأةٍ زوَّجها أخوها ، ثم مات

---

(١) قال سحنون في العتبية : وهي روايةٌ ضعيفةٌ ، وحَمَلَها على أن أم الابنة وكَّلت من زوجها .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٨٢/٤ ، النوادر والزيادات ل٢١٤/ب .

(٢) انظر : المدونة ١٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٣) أي قوله عليه الصلاة والسلام : "اليتيمة تستأمر في نفسها ، فإن سكتت فهو إذنها" .
وقد سبق تخريجه ص٢٣ .

(٤) هو أبو عمرو أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري ، اسمه مسكين ، وأشهب لقبٌ له ، فقيه مصر ومفتيها ، روى عن الليث بن سعد والفضل بن عياض ومالك وبه تفقه ، ألف كتبه المدونة رواها عنه سعيد بن حسان وغيره ، وهو كتابٌ جليلٌ ، وله كتابٌ في فضائل عمر بن عبد العزيز ، توفي بمصر سنة ٢٠٤هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٤٤٧/١ ، سير أعلام النبلاء ٣٢٣/٨ ، الديباج ٣٠٥/١ ، شجرة النور ص٥٩ .

الزوج قبل البناء ، فقال ورثته : لم تكن هي رضيت ، فقال : تُسأل هي الآن ، فإن قالت كنت رضيت ، فذلك لها[١] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن كانت[٢] بغير البلد ، أو فيه فتأخَّر إعلامها لم يجز وإن رضيت .

قال سحنون : وهذا قول مالكٍ الذي عليه أصحابه .

قال شُريح[٣] : تستأمر اليتيمة في نفسها ، فإن مَعَّضَت لم تُنكَح ، وإن سكتت فهو إذنها[٤] .

قال سليمان[٥] : معنى معَّضَت : عَبَسَت وقَطَّبت[٦] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٢٣/ب .

(٢) أي اليتيمة .

(٣) هو أبو أمية شُريح بن الحارث بن قيس الكندي ، وَلِيَ قضاء الكوفة لعمر فمَن بعده ستين سنة ، كان فقيهاً نبيهاً شاعراً قائفاً ، له دُرْبَةٌ في القضاء بالغة ، توفي بالكوفة سنة ٧٨هـ وقيل ٨٠هـ.
انظر : الطبقات ١٨٢/٦ ، سير أعلام النبلاء ١٣٠/٥ ، شذرات الذهب ٨٥/١ .

(٤) انظر : المدونة ١٥٨/٢،١٥٩ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٥) لعله أبو الربيع سليمان بن سالم القطان ، المعروف بابن الكحَّالة ، الفقيه العالم الفاضل ، القاضي العادل ، وَلِيَ قضاء بَاجَة ثم صِقلية ، ألف في الفقه الكتاب المعروف بالسليمانية ، توفي بصقلية سنة ٢٨٩هـ ، وقيل ٢٨٢هـ .
انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص٢٠٠ ، ترتيب المدارك ٢٣٣/٢ ، الديباج ٣٧٤/١ ، شجرة النور ص٧١ .

(٦) وفي اللسان : معَّضَت : أي شقَّ عليها . انظره ، مادة (مَعَضَ) .

[الباب الرابع]
في وضع الأب بعض الصداق ، وفي دفعه إليه

[فصل ١ ــ في وضع الأب بعض الصداق]

قال الله تعالى : ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾[١] ، قال مالك رحمه الله : فإذا زوج الأب ابنته البكر ثم طلقها الزوج قبل البناء فلأبيها أن يعفو عن نصف الصداق الذي لها ، وكذلك فيما يُرَى موقعه من القرآن ، له أن يعفو عنه ، ولايجوز ذلك لغيره من وصيٍّ أو غيره ، فأما قبل الطلاق فلايجوز للأب أن يضع من صداقها شيئاً[٢] .

قال ابن القاسم : إلا أن يفعل ذلك الأب على وجه النظر ، مثل أن يُعْسِر الزوج عن المهر فيخفِّف عنه ويُنْظِرَه فيجوز ذلك ، فأما أن يضع عنه لغير طلاق ولاوجه نظرٍ لها فلايجوز ، وقد قال الله تعالى : ﴿أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾[١] وهو الأب في ابنته البكر ، والسيد في أمته ، وقوله تعالى : ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾[٣] هي المرأة الثيب ، وقال ذلك ابن عباس[٤] وربيعة[٥] وغيرهم[٦] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٢) انظر : المدونة ١٥٩/٢، ١٦٠ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٣) ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ﴾ ليست في أ .

(٤) أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب من قال الذي بيده عقدة النكاح ٤١١/٧ رقم (١٤٤٥٧) .

(٥) هو أبو عثمان ربيعة بن أبي عبد الرحمن فرُّوخ القرشي التيمي ، مولى آل المنكدر ، اشتُهر بربيعة الرأي ، كان فقيهاً ، إماماً من أئمة الاجتهاد ، روى عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وعطاء بن يسار والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وغيرهم ، توفي بالمدينة سنة ١٣٦هـ .
انظر : الطبقات ٤١٦/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣١٩/٦ ، شذرات الذهب ١٩٤/١ .

(٦) كمحمد بن كعب القُرظي وزيد بن أسلم .
انظر : المدونة ١٥٩/٢، ١٦٠ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

قال عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة والشافعي : ليس للأب أن يعفو عن نصف الصداق[١] ، ودليلنا قوله تعالى : ﴿أَوْ يَعْفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ وهو الأب ، ولايصلح حملها على الزوج ، لأنه ليس بيده بعد الطلاق عُقْدة إلا أن يضمر فيه : الذي كان بيده ، وحملها على الأب غير محتاجٍ إلى ذلك ، ولأن الأب وليٌّ يملك الإجبار فجاز له العفو عن صداقها ، أصله السيد في أمته[٢] .

فصل [٢ ـــ في قبض ولي اليتيمة صداقها وفي دفع الصداق إلى الأب ثم ادعائه تلفه]

ومن المدونة : قال : وإذا زوج البكرَ اليتيمة وليُّها بغير أمرها فقبض صداقها لم يجز قبضه عليها ، إلا أن يكون وصيّا ، فإن كان وصيّاً جاز قبضه عليها ، لأنه الناظر لها ، ومالها في يديه[٣] ، وإن بلغت حتى تنكح ، ويُؤْنس مع ذلك / منها الرشد والإصلاح لنفسها في مالها . [٤٨/ب]

قال مالك : وإذا زوج الثيب أبوها ثم قبض صداقها بغير إذنها فادعى تلفه ضمنه الأب .

قال ابن القاسم : وإنما ضمّنه مالك لأنه كان متعدياً في قبض الصداق ، إذ لم توكّله ابنته على قبضه ، وهذا كدينٍ لها على رجلٍ فقبضه الأب بغير أمرها ، فلايبرأ الغريم ، والأب ضامن ، ولها أن تتبع الغريم[٤] .

قال ابن حبيب : إذا قبضه الأب بغير توكيلها على التقاضي ضمنه للزوج ، وإن كان الأب رسولاً للزوج لم يضمن .

---

(١) وقالا : المراد بالآية الزوج .
انظر : مختصر الطحاوي ، تأليف أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (بيروت : دار إحياء العلوم ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ) ص١٨٦ ، الأم ١٠٩/٥ .

(٢) انظر : المعونة ٧٣٧/٢ .

(٣) في أ "وماله في يديها" .

(٤) انظر : المدونة ١٦١،١٦٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

وأما الأب يقبض صداق ابنته البكر ثم يزعم أنه ضاع ، فإن كان قبضه ببينة كان ضياعه من الابنة ولاشيء على الزوج ولاالأب ، ويدخل الزوج بها ، وإن قبضه بغير بينة لم يكن للزوج البناء إلا بدفع الصداق إليها ثانية ، ولاشيء للزوج على الأب ، وقاله ابن وهب وأشهب ونحوه لابن المواز[١] .

قال ابن القاسم في العتبية : إذا أقر الأب بقبضه وضاع منه ولابينة للزوج على دفعه ، أن الأب مصدق وضياعه منها ، ولاشيء على الزوج[٢] .

قال الشيخ : وهذا هو القياس ، لأن الأب الذي له قبضه بغير توكيل عليه أقر بقبضه ، فوجب أن يبرأ بذلك الزوج كوكيل البيع الذي له القبض بغير توكيل يقر بقبض الثمن ويدعي تلفه ، أن ذلك يبرئ المشتري ، فكذلك هذا ، وكما لو باع لها سلعة وأقر بقبض ثمنها .

ووجه الأولى : فلأن تصديق الأب لقبضه ودعواه تلفه ذريعة إلى إجازة نكاح بغير صداق ، وكما لو وكلته الثيب على قبضه فيدعي قبضه وتلفه ، أن الزوج لايبرأ إلا ببينة أولاترى أن الأب إذا ضمن الصداق لابنته ثم مات عديماً فلايدخل الزوج إلا بدفعه ، فهذا[٣] كان أحرى أن يدخل بلاغرم ، لأن الصداق في ذمة غيره ، ولكن من حق الزوجة ألا تسلِّم سلعتها إلا بقبض[٤] ثمنها ، وهذا القول أحوط ، وهو جار على مذهب المدونة لما بيَّنا .

وبالله التوفيق[٤] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٥/أ ، ب .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٢٠/٥، ١٢١ ، النوادر والزيادات ل٢٢٥/ب .

(٣) أي الزوج الذي ضمن الأب الصداق عنه لابنته ثم مات عديماً ...الخ .

(٤) ساقط من ز .

[الباب الخامس]
في إنكاح الأولياء وتزويج ابنة الغائب أو العاضل[1]

[فصل ١ ـــ في إنكاح الأولياء]

قال أبو محمد : ولما خاطب الله سبحانه الأولياء فقال : ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[2] ، وقال : ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[3] دلَّ أن لهم مع النساء إذناً في أنفسهن .

قال غيره[4] : لأن هذه الآية نزلت في شأن مَعْقِل بن يَسار[5] لما عَضَلَ أخته فنُهِيَ عن ذلك[6] .

---

(١) العضل : المنع ، يقال : عَضَلَ المرأة يَعْضُل بضم الضاد وكسرها إذا امتنع من تزويجها . انظر : تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٥١ .

(٢) سورة النور : آية ٣٢ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٢ .

قال ابن العربي عند تفسيره لهذه الآية : نهى الله تعالى أولياء المرأة من منعها عن نكاح من ترضاه ، وهذا دليلٌ قاطعٌ على أن المرأة لاحق لها في مباشرة النكاح ، وإنما هو حق الولي . أحكام القرآن ، تأليف أبو بكر محمد بن عبد الله ، المعروف بابن العربي ، تحقيق علي محمد البجاوي (دار إحياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى ، ١٣٧٦هـ) ٢٠١/١ .

(٤) لعله ابن حبيب ، لقوله في الواضحة : نهى الله سبحانه وتعالى الأولياء عن العضل وروي أن الآية نزلت في معقل بن يسار . النوادر والزيادات ل٢١١/ب .

(٥) هو معقل بن يسار بن عبد الله بن معبر المزني ، أسلم قبل الحديبية ، وشهد بيعة الرضوان ، سكن البصرة وبنى بها داراً ، توفي بها في آخر خلافة معاوية .

انظر : الطبقات ١٠/٧ ، الاستيعاب في أسماء الأصحاب ، تأليف أبي عمر يوسف بن عبد البر القرطبي (بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة بدون ، ت/بدون) مطبوعٌ بهامش الإصابة ٣٨٩/٣ ، الإصابة في تمييز الصحابة ، تأليف الحافظ ابن حجر العسقلاني (بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة بدون ، ت/بدون) ٤٢٧/٣ .

(٦) أخرجه البخاري ولفظه : "أن أخت معقل بن يسار طلقها زوجها فتركها حتى انقضت عدتها فخطبها فأبى معقل ، فنزلت : ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ كتاب تفسير القرآن ، باب ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾ ١٦٠/٥ .

وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : "لاتنكح المرأة بغير إذن وليها فإن نكحت فنكاحها باطلٌ ، فنكاحها باطلٌ ، فنكاحها باطلٌ ـ ثلاث مرات ـ فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها ، فإن اشتجروا فالسلطان وليٌّ من لاوليَّ له"(١) .

وقال عمر : لاتنكح المرأة إلا بإذن وليها ، أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان(٢) .

قال مالك : وذو الرأي من أهلها : الرجل من العصبة أو العشيرة أو الفخذ ، وكذلك مولى النعمة إذا كان له الصلاح ـ يريد المنعم عليه بالعتق(٣) ـ وليس العبد والمرأة من الأولياء(٤) .

قال الشيخ : ولما كانت المرأة لاتعقد على نفسها كان العقد على امرأةٍ غيرها أحرى أن لايجوز ، وقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام : "لاتُنكِحُ المرأة المرأة ، ولاتُنكِحُ المرأة نفسها"(٥) .

وروى ابن وهب أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : "لايحلُّ النكاح إلا / [٤٩/أ] بصداقٍ ووليٍّ وشهودٍ عدول"(٦) .

قال عبد الوهاب : وإنما كان الولي شرطاً في النكاح حياطةٌ للفروج لئلا تحمل المرأةَ شهوةُ النكاح إلى وضع نفسها في غير كُفءٍ، فتُلحِقُ عاراً بأوليائها .

---

(١) أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء لانكاح إلا بولي ٤٠٧/٣، ٤٠٨ رقم (١١٠٢) وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ٦٠٥/١ رقم (١٨٧٩) ، والحاكم ، كتاب النكاح ١٨٢/٢ رقم (٢٧٠٦-٢٧٠٩) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ ، كتاب النكاح ، باب استئذان البكر والأيم في أنفسهما ٤١٥/٢ .

(٣) أي كل هؤلاء ولي إذا لم يكن الولي الأقرب .

(٤) انظر : المدونة ١٦٢/٢، ١٧٦، ١٧٧ .

(٥) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ٢٢٨/٣ رقم (٣٠، ٣١) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ١٧٨/٧ رقم (١٣٦٣٣) ، والحديث حسن وسيأتي بلفظ "لاتزوج المرأة المرأة" موقوفاً ص٨١ .

(٦) أخرجه سحنون في المدونة ١٦٥/٢ ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بشاهدين عدلين ٢٠٣/٧ رقم (١٣٧٢٠) ، والحديث حسن يشهد له حديث "لاتتزوج المرأة إلا بولي".

قال : والولاية على ضربين : ولايةٌ عامةٌ وولايةٌ خاصةٌ ، فالعامة ولاية الدين والأصل فيها قوله تعالى : ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[1] .

والولاية الخاصة ولاية النسب أو الحكم ، والولاية بالنسب مقدمةٌ على الولاية بالحكم .

وإذا استخلفت المرأة أجنبياً فزوّجها مع القدرة على أحد الوليين ، فقيل : إنه غير جائز ، وقيل : إنه ماضٍ إذا تزوجت كُفُواً .

فوجه الأولى : قوله عليه الصلاة والسلام : "فإن اشتجروا فالسلطان وليُّ من لاوليّ له"[2] .

فنفى بذلك أن تكون لغيره ولايةٌ مع وجوده، ولأن في إجازته ذريعةً إلى الافتيات على الأولياء وإسقاط حقهم .

ووجه الثانية : أن الولاية الخاصة لاتسقط الولاية العامة جُملةً ، وإنما لها مزيّةٌ عليها[3] في التقديم ، فإذاحصل العقد بها على وجهٍ لو عقده الخاصُّ لجاز[4] ولم يفسخ ، اعتباراً بتقديم بعض العصبة على بعض[5] .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا اختلف الأولياء في إنكاح المرأة وهم في القُعْدُد[6] سواء ، نظر السلطان في ذلك ، فإن كان بعضهم أَقْعَد من بعض فالأقعدُ أولى بإنكاحها ، فالابن وابن الابن أولى بإنكاحها وبالصلاة عليها من الأب ، والأب أولى من الأخ ، والأخ وابن الأخ أولى بإنكاحها من الجد[7] .

---

(١) سورة التوبة : آية ٧١ .

(٢) سبق تخريجه ص ٤٣ .

(٣) "عليها" ليست في ز .

(٤) "لجاز" ليست في ز .

(٥) انظر : المعونة ٢/٧٢٨-٧٣٠ .

(٦) القُعْدُد : هو الأقرب إلى الأب الأكبر .
المصباح المنير ص٥١٠ .

(٧) انظر : المدونة ٢/١٦١ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

وقال عبد الوهاب : إنما قلنا : إن الابن ولي ، وأنه أولى من الأب لقوله عليه الصلاة والسلام لِعُمر بن أبي سَلمة[١] : "قُمْ فزوِّجْ أُمَّك"[٢] ، ولأن الابن وابن الابن أقوى تعصيباً في الميراث والولاء من الأب ، وإنما قلنا : إن الأب أولى من الأخ للإجماع على ذلك[٣]، ولأنه أقوى تعصيباً ، ولايرثون معه شيئاً .

وإنما قلنا : أن الأخ وابن الأخ أولى من الجد خلافاً للشافعي[٤] ، لأن تعصيبهم أقوى ، لأنهم يُدْلون بالبنوة ، والجد بالأبوة ، لأن الأخ يقول : أنا ابن أبيها ، والجد يقول : أنا أبو أبيها ، وقد بيَّنا أن تعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب[٥] .

ومن المدونة : قيل لابن القاسم : أليس هذا[٦] إذا فوَّضت إليهم فقالت : زوجوني ، أو خطبت فرضيت ، فاختلف الأولياء في إنكاحها وتشاحوا على ذلك؟ قال : نعم .

---

(١) هو عمر بن أبي سلمة بن عبد الأسد بن هلال القرشي المخزومي ، ربيب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أمه أم المؤمنين أم سلمة المخزومية ، وُلِد في السنة الثانية من الهجرة بأرض الحبشة، استعمله عليٌّ رضي الله عنه على فارس والبحرين ، توفي بالمدينة سنة ٨٣هـ .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٤٦٧/٢ ، الإصابة ٥١٢/٢ .

(٢) أخرجه النسائي ، كتاب النكاح ، باب إنكاح الابن أمه ٦١/٦ رقم (٣٢٥٤) ، والحاكم ، كتاب النكاح ١٩٥/٢ رقم (٢٧٣٤) ، وصححه ، ووافقه الذهبي .
وقد استدل القاضي عبد الوهاب بهذا الحديث على أن البنوة تُملك بها ولاية التزويج ، وليس على تقديم الابن على الأب كما يظهر من سياق المؤلف لكلام القاضي .
انظر : المعونة ٧٣١/٢ .

(٣) والإجماع الذي ذكره القاضي في المعونة على كون الأب ولياً في النكاح ، وليس على تقديمه على الأخ .
انظر : المصدر نفسه ٧٣١/٢ .

(٤) انظر : الأم ٢٣/٥ ، الوجيز في مذهب الإمام الشافعي ، تأليف : أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر ، ط/بدون ، ١٣٩٩هـ) ٦/٢ .

(٥) انظر : المدونة ٧٣١/٢، ٧٣٢ .

(٦) أي أن التقديم بين الأولياء والمفاضلة إنما هو عند اختلافهم ومشاحتهم .

قال مالك : وإذا كان أولياء المرأة حضوراً كلهم وبعضهم أقعد من بعض، منهم ولد[١] الولد والوالد نفسه والأخ والجد والعم وغيرهم ، فزوّجها العم أو الأخ برضاها وهي ثيب وأنكر والدها وسائر الأولياء لم يُرَدّ النكاح ، فليس للأب هاهنا قول ، لأنها قد ملكت أمرها .

قال مالك : وكذلك إن كانت بكراً بالغاً لاأب لها ولاوصي ، ولها من الأولياء من ذكرنا[٢] فزوّجها الأبعد برضاها وأُنكر الأقعد ، فالنكاح جائزٌ ، وقد قال مالك : إن الرجل من الفخذ يزوج وإن كان[٣] ثَمَّ مَنْ هو أولى منه .

قال ابن القاسم : وذو الرأي من أهلها يجوز[٤] إنكاحه إياها إذا كان له فضلٌ وصلاحٌ وإن كانت من العرب ولها من الأولياء من ذكرنا .

وكذلك مولى النعمة يجوز أن يزوج مولاته من نفسه ويلي عقد نفسه ، أو يزوجها من غيره برضاها ، فيجوز[٥] / ذلك على الأقعد من أخ أو غيره ، وهو من ذوي الرأي من أهلها إذا كان له الفضل والصلاح ، وكانت المرأة ثيباً ، أو بكراً بالغاً لاأب لها ولاوصي[٦] . [٤٩/ب]

وقال عليٌّ[٧] عن مالكٍ في الأخ يزوج أخته لأبيه ، وثَمَّ أخوها لأبيها وأمها أن النكاح جائز إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الأخ الشقيق ، فلاتُنكَحُ حينئذٍ إلا برضاه ، وإنما الذي لاينبغي لبعض الأولياء أن يُنْكِحَ وثَمَّ مَنْ هو أولى منه ، إذا لم يكونوا إخوة ، وكان أخاً وعَمّاً ، أو عَمّاً وابن عَم ، ونحو هذا وهم حضورٌ[٨] .

---

(١) "ولد" ليست في ز .
(٢) أي الأخ والجد والعم وبني الإخوة .
(٣) في أ ، ب زيادة "هناك" .
(٤) الجواز المراد به هنا : الصحة .
(٥) الجواز المراد به هنا : المضي .
(٦) انظر : المدونة ١٦١/٢-١٦٥ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .
(٧) أي علي بن زياد .
(٨) انظر : المدونة ١٦٩/٢،١٧٠ .

قال سحنون : وقال أكثر الرواة : لايزوّج وليٌّ وَثَمَّ مَنْ هو أولى منه حاضر ، فإن فعل نظر السلطان في ذلك .

وقال آخرون : للأقرب أن يجيز أو يرد ، إلا أن يطول مكثها عند الزوج ، وتلد الأولاد ، لأن العقد لم يخرج من أن وَلِيَّهُ وَلِيٌّ ، وهذا في ذات المنصب والقدر[١] .

وقال ابن المواز : وليس الخال من الأولياء[٢] .

قال ابن وهب : وقاله مالك وغيره من العلماء .

قال ابن حبيب : الأقرب امضاؤه ، أو فسخه ما لم يبن[٣] .

[٤]قال ابن حبيب عن مالك : وذلك ما لم يكن الولي الأقرب حاضراً يعلم أن غيره عقد على وليته فلايتكلم ، فإن ذلك منه رضى[٤] .

فصل [٢ ــ في تزويج ابنة الغائب]

ومن المدونة : قال ابن القاسم وعلي بن زياد : قال مالك : من غاب عن ابنته البكر غيبة انقطاع كمن خرج إلى المغازي إلى مثل إفريقية

---

(١) انظر : المصدر نفسه ١٦٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٢) ذكره ابن المواز عن مالك وتتمته : وإنما الوُلاة من العصبة .
انظر : النوادر والزيادات ل٢١٧/أ .

(٣) يرى ابن حبيب أن الخال لو عقد جاز إمضاء عقده ، لكن إن بنى الزوج تعيَّن امضاؤه و لم يجز فسخه .

(٤) ساقط من ز .

والأندلس وطَنجَة[1] فأقام بها ، فرفعت أمرها إلى الإمام ، فلينظر لها ويزوجها .

قيل لابن القاسم : فهل للأولياء أن يزوجوها بغير أمر السلطان؟

قال : إنما سمعت مالكاً يقول : ترفع أمرها إلى السلطان .

ـ قال ابن المواز : وقال أشهب عن مالك : أن للإمام حينئذٍ أن يزوج[2] ـ

قال ابن القاسم : وأما إن خرج تاجراً إلى مثل إفريقية ونحوها ، ولم يُردْ المقام بتلك البلدة ، فلايزوجها ولي ولاسلطان وإن أرادته الابنة ، لأن مالكاً لم يوسِّع أن تزوج ابنة الرجل [البكر] [3] وهو غائبٌ[4] إلا أن تكون غيبة منقطعة[5] .

قال عبد الوهاب : إذا غاب الأب غيبة انقطاع ، فإن كانت حياته معلومة ، ومكانه معروفاً ، إلا أن استئذانه يتعذَّر ، وهي بالغ ، فقد اختُلف في جواز إنكاحها:

فقال مالك : يزوجها الإمام إن رفعت إليه .

وقال عبد الملك : لايجوز إنكاحها بوجه في حياة الأب .

وقال ابن وهب : إن قطع عنها النفقة جاز إنكاحها برضاها ، وإن أجراها عليها لم يجز .

فوجه قول مالك : أن طول غيبته ضرر بها ، فهو كما لو عَضَلَها .

---

(١) طنجة : مدينةٌ على ساحل بحر المغرب مقابل الجزيرة الخضراء ، بينها وبين سَبتة مسيرة يومٍ واحدٍ.
انظر : معجم البلدان ٤/٤٣ .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤/٣٤٨ .

(٣) من المدونة .

(٤) "وهو غائب" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ٢/١٦٣ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

ووجه قول عبد الملك : أنها ذات أبٍ غير عاضلٍ ، فلاتُزوج عليه ، ولاتسقط ولايته لغيبته كالقريب الغيبة[1] فهو كالحاضر .

ووجه قول ابن وهب : أن المراعى في ذلك دخول الضرر البين ، وذلك موجود مع انقطاع النفقة ، فيكون كالعَضْل[2] .

قال : واختلف فيمن ينكحها ، فقيل : لايزوجها إلا السلطان ، وقيل : للأولياء أن يزوجوها برضاها .

فوجه الأول : أن إنكاحها مع بقاء الأب هو لإزالة الضرر عنها كالعضل ، فكان كالحكم على الأب ، وذلك يختص بالسلطان[3] .

ووجه الثاني : أنها بكر جاز تزويج غير الأب إياها برضاها ، فجاز ذلك لسائر الأولياء ، أصله إذا مات[4] .

وأما إذا انقطع خبر الأب فلم تعلم حياته ولاموته جاز إنكاح الأولياء إياها برضاها .

وقال عبد الملك[5] : ليس ذلك لهم إلا بعد أربع سنين / من يوم فُقِد . [٥٠/أ]

فوجه الأول : أن الظاهر من أمره الموت ، فجاز إنكاحها ، وأحسن أحوالها أن يُجْرَى مجرى العضل ، فيجب إزالة الضرر عنها .

ووجه قول عبد الملك : أنه أنزلها بمنزلة امرأة[6] المفقود من حيث كان الضرر يلحقها بانتظاره ، فوجب وقف ذلك على ضرب الأجل له كامرأة المفقود[7] .

---

(١) "كالقريب الغيبة" ليست في ز .

(٢) أي في كون المرأة تزوج على وليها العاضل لإزالة الضرر عنها .

(٣) أي الحكم على الغائب .

(٤) لأن ولاية الأب تعتبر ساقطة .

(٥) في أ ، ب "عبد الوهاب" ، وهو خطأ .

(٦) "امرأة" ليست في أ ، ب .

(٧) انظر : المعونة ٧٢٣/٢، ٧٢٤ .

قال ابن حبيب من قول مالكٍ في غيبة الولي[١] أنه إن كـان قريباً كتب إليه الإمام ، وإن سافر انتظره ، فإن بعدت غيبته زوجها الإمام إلا في الأب ، فلايزوجها إلا أن تطول غيبته جداً فيزوج الأيم ، وأما البكر فلا إلا أن ينقطع بالسكنى في بلدٍ منقطع بعيد قد يُئِسَ من رجعته ، وطال ثواه بها ، كالعشرين والثلاثين سنة ، فيزوجها السلطان[٢] ولايفعل ذلك أحد من الأولياء ، فإن زوجها وليٌّ لها بإذن السلطان في الغيبة البعيدة مضى النكاح ، وإن جَهِل السلطان أو الولي فزوجها في الغيبة القريبة لم يجز ، وفسخ إذا جاء الأب وإن ولدت الأولاد ، وإن أجازه الأب لم يجز ، وقاله ابن القاسم[٣] .

[فصل ٣ ـــ في تزويج ابنة العاضل]

ومن المدونة : وإذا رضيت ثيب بكفءٍ في دينه ، وهو دونها في النسب والشرف وردَّه أبٌ أو ولي ، زوَّجها منه الإمام .

ولقد سألنا مالكاً عن نكاح الموالي في العرب؟ فقال : لابأس به[٤] .

قال عبد الوهاب : والكفاءة المعتبرة عندنا هي الدين دون النسب ، خلافاً لأبي حنيفة[٥] والشافعي[٦]

---

(١) في أ ، ب "في امرأة الغائب" .

(٢) "السلطان" ليست في ز .

(٣) النوادر والزيادات ل٢١٤/أ .

(٤) انظر : المدونة ١٦٣/٢ ، والجواب بتمامه : قال : لابأس بذلك ، ألا ترى إلى ماقال الله في كتابه : ﴿يَاأَيُّهَا النَّاسُ إِنَّاخَلَقْنَاكُم مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللهِ أَتْقَاكُمْ﴾ . سورة الحجرات : آية ١٣ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص١٧٠ ، مختصر القدوري ، تأليف أبي الحسين أحمد بن محمد القدوري ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط/بدون ، ت/بدون) ، مطبوع مع شرحه اللباب لعبد الغني الميداني ١٢/٣ .

(٦) انظر : التنبيه في الفقه الشافعي ، تأليف أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، إعداد مركز الخدمات والأبحاث الثقافية (بيروت : عالم الكتب ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ) ص١٥٩ .

في أنها للنسب[١] لقوله تعالى : ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[٢] ، وقوله عليه الصلاة والسلام : "إذا جاءكم من ترضون دينه وأمانته فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنةٌ في الأرض وفسادٌ كبير"[٣] ، فاعتبر الدين والأمانة دون النسب .

وقوله : "تُنْكَحُ المرأة لدينها ومالها وجمالها ، فعليك بذات الدين تربت يداك"[٤] ، فأخبر عن أغراض النكاح ، وأمر بذات الدين وجعله العمدة[٥] .

قال الشيخ : قيل لابن المواز[٦] : ماتقول في الذي[٧] جاء عن عمر : لاتزوجوا النساء إلا الأكفاء ، فأيُّ امرأةٍ من قريشٍ تزوجت غير كفؤ لها فَرَّقَ عمر بينهما ، وقال : لاتنكحوا ذوات الأحساب إلا من الأكفاء؟

قال : قد قال عمر غيرهذا ، قال : دين الرجل حسبه ، وكرمه تقواه ، ومروءته خلقه[٨] ، فليس الحسب والشرف إلا في الإسلام والتقوى[٩] وماجاء عن الرسول صلى الله عليه وسلم[١٠] ليس لأحد معه حُجة[١١] .

---

(١) هكذا في نسخ الجامع ، والذي في المعونة : خلافاً لأبي حنيفة والشافعي في اعتبارهما للنسب ، وقال القاضي عبد الوهاب ذلك لأن مالكاً رحمه الله لم ينظر إلى أن النسب من الكفاءة ، لذا اشتُهِرَ عنه جواز تزويج الموالي من العربيات واحتج بالآية المذكورة ، ويتفق معه الأئمة الثلاثة في اعتبار الدين من الكفاءة في النكاح ، قال ابن رشد الحفيد : فأما الكفاءة فإنهم اتفقوا على أن الدين معتبرٌ في ذلك إلا ماروي عن محمد بن الحسن من إسقاط الدين .
بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تأليف أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة العاشرة ، ١٤٠٨هـ) ١٦/٢ .

(٢) سورة الحجرات : آية ١٣ .

(٣) سبق تخريجه ص٦ .

(٤) سبق تخريجه ص٥ .

(٥) انظر : المعونة ٧٤٧/٢ .

(٦) سبق أن المؤلف نقل عن ابن المواز أنه قال : قيل لمالك ...الخ ص٦ .

(٧) "تقول في الذي" ليست في ز .

(٨) سبق تخريجه ص٦ .

(٩) "والتقوى" ليست في أ .

(١٠) لعله يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "إذا أتاكم من ترضون دينه وأمانته" الحديث .

(١١) انظر : النوادر والزيادات ل٢١١/ب .

وروى ابن وهب أن الرسول عليه الصلاة والسلام قال : "إذا أتاكم من ترضون دينه وأمانته فانكحوه" ، قالوا : يارسول الله : وإن كان أسود ، فقال عليه الصلاة والسلام : "إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير"[١] .

وذكر ابن وهب أن بلالاً خطب بنتاً لبُكَير ، فأباه أخوتها ، وكانوا بدريِّين ، فأخبر بلال رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك ، فغضب رسول الله ، فبلغهم الخبر ، فأتوا أختهم فقالوا : مالقينا من غضب رسول الله من أجل بلال؟ فقالت : قد جعلت أمري لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأنكحها رسول الله صلى الله عليه وسلم بلالاً[٢] .

ومن المدونة : قيل لابن القاسم : فإن رضيت بعبد وهي امرأة ثيب من العرب ، وأبى الأب أو الولي أن يزوجها منه ، [أيزوجها منه السلطان أم لا]؟ [٣]

قال : لم أسمع من مالك فيه شيئاً إلا ماأخبرتك / من نكاح الموالي في العرب [٥٠/ب]
ولقد قيل لمالك : إن بعض هؤلاء القوم فرقوا بين عربية ومولاة،فأعظَمَ ذلك إعظاماً

---

(١) سبق تخريجه ص٦ .

(٢) لم أعثر على هذه القصة بهذا السياق ، وقد أخرجها البيهقي عن زيد بن أسلم : أن بني بكير أتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : زوج أختنا من فلان ، فقال : أين أنتم عن بلال؟ فعادوا فأعاد ثلاثاً فزوجوه ، قال : وكان بنو بكير من المهاجرين من بني ليث .
كتاب النكاح ، باب لايرد نكاح غير الكفء إذا رضيت به الزوجة ٢٢٢/٧ رقم (١٣٧٨٧) والحديث ضعيف بسبب إرسال زيد بن أسلم ، انظر : التقريب ٣٢٦/١ رقم (٢١٢٣) .
وذكرها ابن سعد عند ترجمة بلال . انظر : الطبقات ١٧٩/٣ .

(٣) من المدونة .

شديداً ، وقال : أهل الإسلام بعضهم لبعض أكْفاء ، لقول الله تعالى : ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[1] .

وقال غيره : ليس الوليُّ بعاضلٍ في منعه ذات القدر نكاح العبد ومثلِه[2] ، لأن للناس مناكح قد عُرِفَتْ لهم وعُرِفُوا بها[3] .

وقال المغيرة[4] وسحنون : يفسخ[5] .

قال عبد الوهاب : وهذا هو الصواب ، لأن الحرية من الكفاءة ، ولأن العار يدخل على الأولياء بوضع وليَّتهم نفسها تحت عبدٍ ، فكان لهم منعُها[6] .

فصل [٤ ـ متى يعدُّ الأب عاضلاً لابنته؟]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولايكون الأب عاضلاً لابنته البكر البالغ في ردِّ أول خاطبٍ أو خاطبَيْن حتى يتبيَّن ضرره ، وإذا لم يُعْرف من الأب في ذلك ضرر لم يهجم السلطان على ابنته في إنكاحها ، ولاحدَّ في ردِّ الأب عنها الواحد والاثنين إلا أن يعرَف ضرره وإعضاله لها ، فإذا تبيَّن ذلك منه فأرادت الجارية

---

(١) سورة الحجرات : آية ١٣ .

(٢) في ز "نكاح العبد مثله" .

(٣) انظر : المدونة ١٦٣/٢، ١٦٤ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٤) هو أبو هاشم المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي ، الإمام الفقيه ، ممن دارت عليه الفتوى بالمدينة بعد مالك ، سمع أباه وأبا الزِّناد ومالكاً ، توفي سنة ١٨٨هـ ، وقيل ١٨٦هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢٨٢/١ ، الديباج ٣٤٣/٢ ، شذرات الذهب ٣١٠/١ ، شجرة النور ص٣١٠ .

(٥)،(٦) انظر : المعونة ٧٤٨/٢ .

النكاح قال له الإمام : إما أن تزوجها ، وإما زوجناها عليك ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام قال : "لاضَرَرَ ولاضِرَار"[1] [2] .

(١) أخرجه ابن ماجه ، كتاب الأحكام ، باب من بنى في حقه مايضر بجاره ٢/٧٨٤ ، رقم (٢٣٤١،٢٤٣٠) ، والدارقطني ، كتاب البيوع ٣/٧٧ رقم (٢٨٩) ، والإمام أحمد بن حنبل في المسند ، ترقيم محمد عبد السلام عبد الشافي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ) ١/٤٠٨ رقم (٢٨٧٠) ، والحاكم ، كتاب البيوع ٢/٦٦ رقم (٢٣٤٥) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) انظر : المدونة ٢/١٦٤ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

[الباب السادس]
في إنكاح الأوصياء(١)

[فصل ١ ـــ في تزويج الوصي البالغة]

قال مالك : وللوصي ووصي الوصي أن يزوج البكر البالغ برضاها وإن كره الولي ، ولانكاح للأولياء مع الوصي ووصي الوصي ، وهما أولى من الأولياء .

قال الشيخ : لأنها ولاية كانت للأب على ابنته ، فكان له نقلها إلى من شاء بعد وفاته ، كولاية المال .

قال مالك : ولو رضيت الجارية ووليها برجل والوصي ينكر فلانكاح لها ولالهم إلا بالوصي ، فإن هم اختلفوا نظر السلطان في ذلك .

قال مالك : وإن زوجها الولي برضاها من رجل وقد حاضت ، ولها وصي أو وصي وصي فلايجوز نكاحه(٢) .

قال ابن المواز : قال مالك : إذا زوجها أحد أوليائها برضاها كان للوصي أن ينقض نكاحها(٣) .

ومن المدونة : قال يحيى بن سعيد(٤) : الوصي أولى من الولي ، ويشاور الولي(٥) .

---

(١) الأوصياء : جمع وصي ، والمراد به هنا : من عَهِد إليه الأب بتزويج موليَّاته .

(٢) انظر : المدونة ١٦٦/٢، ١٦٧ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٤/ب .

(٤) هو أبو سعيد يحيى بن سعيد بن قيس بن عمرو الأنصاري المدني ، أحد فقهاء التابعين ، الإمام العلامة المجوِّد ، عالم المدينة في زمانه ، ولي القضاء لأبي جعفر المنصور ، توفي بالهاشمية بقرب الكوفة سنة ١٤٣هـ .
انظر : الطبقات ٤٢٣/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٤٤/٦ ، الشذرات ٢١٢/١ .

(٥) وقال مالك أيضاً : وحسُن للوصي أن يشاور الولي ، ولايضره إن لم يفعل أو كان كارهًا . النوادر والزيادات ل٢١٤/ب .

قال : والوصي العدل مثل الأب .

قال ابن القاسم : ووصي الوصي في البكر وإن بَعُدَ كالوصي .

قال مالك : ويزوج الثيب الولي برضاها وإن كره الوصي ، وإن زوجها الوصي أيضاً برضاها جاز وإن كره الولي ،وليس هو كالأجنبي فيها[1] .

قال ابن المواز : قال أشهب : وإنما الوصي في الثيب كالأب في الثيب[2] .

فصل [٢ ـــ في تزويج الوصي الصغيرة]

ومن المدونة : قال مالك : وليس لأحدٍ أن يزوج الطفلة قبل بلوغها من قاض أو وصيٍّ أو وليٍّ إلا الأب وحده ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام أمر باستئذان اليتيمة[3] ، ولاإذن إلا للبالغة[4] .

قال في كتاب ابن المواز والواضحة : وإذا قال الأب للوصي[5] : زوِّج ابنتي فلاناً ، أو ممن ترضاه ، أو قال : زوِّجها فقط ، فهذه يزوجها الوصي قبل البلوغ ، وله إكراهها على ذلك بعد البلوغ كالأب[6] .

وإن قال : فلان وصيٌّ فقط ، أو قال : وصيٌّ على بُضَّعِ بناتي ، أو على تزويجهن ، فلايزوجهن هذا حتى يبلغن ويرضين .

ابن المواز : قال أصبغ : ولو كان الذي أمره الأب بتزويجه لها رجلاً فاسقاً سكِّيراً لم يجز[7] ذلك عليها ، ولايجوز ذلك للأب لو فعله بها ، وكان للسلطان أن

---

(١) انظر : المدونة ١٦٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٥/أ .

(٣) سبق تخريجه ص٢٣ .

(٤) انظر : المدونة ١٦٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

(٥) "للوصي" ليست في ز .

(٦) لأن الأب فوَّض إليه أمرها .

(٧) أي لم يمض .

يرد نكاحه عليها ، لأنه من الضرر ، وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الضرر(1) .

وكما لو دعت هي إلى تزويج مثل هذا لم يجز أن تُجاب إليه .

قيل : فلو أوصى إليه فقال له / : زوِّج ابنتي من فلان بعد عشر سنين [أو بعد أن تبلغ] (2) أو قال له : ممن ترضاه؟ [٥١/أ]

قال : ذلك جائز لازم إذا فرض لها صداق مثلها ، وليس لها ولاللوصي أن يأبيا ذلك إذا طلب ذلك من سمّاه الأب ، ويحكم له بذلك ، إلا أن يكون لها في ذلك حجة ، مثل أن يكون يوم أمره الأب بتزويجه مأموناً مرضيّاً حسن الحال ، ثم خرج بعده إلى الفسق والدّعارة(3) والتلصّص ، فيبطِل الحاكم عنها وصية الأب فيه سواءً أحبته أو كرهته .

قيل : فلو كانت حجتها أن قالت : إن هذا الرجل يوم أمر أبي بإنكاحي منه خلوٌّ من النساء ، وهو الآن قد تزوج بعده ، أو قالت : اتخذ السراري ، فلست أُدْخِلُ عليَّ الضرر؟

قال : ليس هذا مما ترد به النكاح عن نفسها ، والأمر لها لازم(4) .

قال الشيخ : وقع في بعض روايات المدونة فيمن قال : إن مت من مَرضي فقد زوجتُ ابنتي من ابن أخي(5) .

قال فيها سحنون : إنما يجوز ذلك إذا قبل النكاح ابن الأخ بِقُـرْبِ ذلك ولم يتباعد(6) .

---

(1) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "لاضرر ولاضرار" . وقد سبق تخريجه ص٥٤ .

(2) من النوادر والزيادات .

(3) الدعارة : هي الفسق والفجور والخبث . انظر : اللسان ، مادة (دعر) .

(4) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٥/أ ، ٢١٥/ب .

(5) أي فذلك جائز ، انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٦/٥، ٢٧ .

(6) انظر : المصدر نفسه ٢٧/٥ .

قال الشيخ : وهذه[١] بخلاف مسألة أصبغ[٢] ، لأن هذا زوَّج ابنته بعد[٣] ، وإنما بقي إعلام الزوج ورضاه ، فلذلك اشترط إن قَبِلَ بالقرب ، وأما الآخر فإنما أوصاه أن يعقد ذلك الوصي إن رضي الزوج ، فلذلك جاز بعد الطول ، وهذا بيِّن.

وفي بعض حواشي الكتاب : إذا قال في صحته : إذا مت فقد زوجت ابنتي فلانةً من فلانٍ ابن أخي ، أنه لايجوز هذا عند ابن القاسم ، وبه قال أصبغ وابن المواز ، لأنه نكاح إلى أجل ، كما لو قال : إذا مضت سنة فقد زوجت ابنتي من فلان ، وأشهب يجيز هذا[٤] .

قال أصبغ : وإن في المرض لَمَغْمَزاً أيضا ولكن أهل العلم متفقون على إجازته وهو من أمر الناس ومن وصايا المسلمين في أمراضهم[٥] .

[فصل ٣ ــ في تزويج الأب أو الوصي الطفل الصغير]

ومن المدونة : قال مالك : وأما الطفل الصغير فلأبيه أو وصيه أن يزوجه قبل بلوغه ، وليس ذلك لغيرهما من الأولياء ، ووصي الوصي في ذلك كالوصي .

قال : ولأن للطفل أن يطلِّق إذا بلغ وليس ذلك للطفلة[٦] .

---

(١) أي مسألة قول الأب : إن متّ من مرضي فقد زوجت ابنتي من ابن أخي .

(٢) وهي قول الأب للوصي : زوج ابنتي من فلان بعد عشر سنين أو بعد بلوغها .

(٣) "بعد" ليست في ز .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٥/٢٧ .

(٥) تهذيب الطالب ل ٨/أ .

(٦) انظر : المدونة ٢/١٦٧،١٦٨ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

فصل [٤ ــ في استخلاف الأم من يزوج ابنتها]

قال مالك : وللأب أو للـولي أن يستخلف مـن يـزوج ، وليـس[١] لـلأم أن تستخلف من يزوج ابنتها البالغ اليتيمة ، إلا أن تكون الأم وصية ، فـإن كـانت الأم وصية عليها أو على صَبِيَّةٍ غير ابنتها فهي أحقُّ بعقد النكاح من الأولياء ، غـير أنهـا لاتلي هي عقد نكاحها ، ولكن توكِّل بذلك رجلاً بعد بلوغ الصبيَّـة ورضاهـا[٢] ، فأما قبل بلوغها فلا[٣] .

---

(١) في ز زيادة "ذلك" .

(٢) لأن كل من لايجوز أن يكون ولياً للمرأة من امرأة أو عبد أو نصراني لايجوز لهم إذا استخلفوا على امرأة أن يلوا العقد عليها ، وإنما يلوه على من استخلفوا عليه من الذكور .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٥٣/٤ .
وسيأتي تفصيل ذلك في الباب الحادي عشر من هذا الكتاب .

(٣) انظر : المدونة ١٦٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠،٨١ .

[الباب السابع]
في المرأة يتزوجها رجلان ولايعلم الأول منهما ووليِّ المعتقة ، والولي يرضى[1] بغير كفءٍ ثم لايرضى به في نكاح ثان

[فصل ١ ـــ في المرأة يتزوجها رجلان ولايُعلم الأول منهما]

قال مالك : وإذا وكَّلت المرأة كلَّ واحدٍ من ولييها يزوجها[2] فزوَّجها هذا من رجلٍ وهذا من رجلٍ آخر[3] ، فالنكاح لأولهما إذا عُرِفَ الأول ، إلا أن يدخل بها الآخر فهو أحقُّ [بها][4] وكذلك قضى عمر رضي الله عنه[5] .

قال عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة : تردُّ للأول على كل حال[6] ، ودليلنا : أنه إجماع الصحابة ، روي ذلك عن عمر[7] والحسن بن علي[8]

---

(١) "يرضى" ليست في أ .
(٢) "يزوجها" ليست في ز .
(٣) "آخر" ليست في ز .
(٤) من المدونة .
(٥) انظر : المدونة ١٦٨/٢،١٦٩ .
(٦) أي سواء دخل بها الآخر أو لم يدخل . انظر : مختصر الطحاوي ص١٧٤ .
(٧) كما تقدم من قضائه رضي الله عنه .
(٨) هو الحسن بن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم ، سبط رسول الله صلى الله عليه وسلم وريحانته ، ولد سنة ثلاث من الهجرة ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث حفظها عنه ، وروى عن أبيه وأخيه الحسين ، توفي بالمدينة سنة ٤٩هـ ، وقيل ٥٠هـ ، وقيل ٥١هـ ودفن بالبقيع .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٣٦٨/١ ، الإصابة ٣٢٧/١ .

ومعاوية[١] ، وقيل : مرويٌّ عن عليٍّ[٢] رضي الله عنهم ولامخالف لهم[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن لم يدخل بها واحد منهما و لم يعرف الأول فسخا جميعاً بطلقة طلقة ، ولاقول لها إن قالت : هذا هو [الأول][٤] ، ثم تبتدئ نكاح من أحبت منهما أو من غيرهما[٥] .

قيل لابن المواز : فإن مات الأول منهما أو طلق قبل أن يدخل الآخر بها ثم دخل الآخر بعد موته أو بعد طلاقه؟

قال : إن لم يعلم بذلك حتى دخل الآخر ثبت نكاحه / كما لو دخل بها [٥١/ب] والأول حي لم يمت و لم يطلق ، ولاميراث لها من الأول ولاعدة عليها منه ، وإن علم بذلك قبل دخول الآخر فسخ نكاح الآخر واعتدت من الأول وورِثَته ، وكذلك إن طلق فإنه يفسخ نكاح[٦] الآخر على كل حال ، وذلك إذا كان عقد

---

(١) أخرج أثر معاوية عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب نكاح الرجلين المرأة ٦/٢٣٣ رقم (١٠٦٣٦) .

(٢) الذي عثرت عليه أن علياً رضي الله عنه قضى بها للأول وإن دخل بها الآخر .
أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب إنكاح الوليين ٧/٢٢٨ رقم (١٣٨٠٩) .

(٣) انظر : المعونة ٢/٧٣٩ .

(٤) من المدونة .

(٥) انظر : المدونة ٢/١٦٨،١٦٩ ، تهذيب المدونة ص٨١ .
وفي مسألة إن علم أن الثاني هو الذي دخل خلاف ، ففي المدونة : يثبت نكاحه ، كما تقدم من قول مالك .
وقال المغيرة وابن عبد الحكم : يفسخ نكاحه وترد إلى الأول بعد الاستبراء .
انظر : المقدمات الممهدات ١/٤٧٤ .

(٦) "نكاح" ليست في ز .

الآخر في حياة الأول قبل أن يموت أو يطلق ، وأما لو عقد بعد موته أو طلاقه ، فإن تزوجها في عدة موته فسخ نكاحه ، لأنه ناكح في عدة ، وأما في طلاقه فيثبت نكاحه ، إذ لاعدة عليها ، لأنه قبل البناء .

قيل : فإن دخل الآخر والأول حيٌّ لم يطلق ، فأقر الولي الذي زوّج الآخر أنه كان عالماً بتزويج الأول؟

قال : لم يقبل قوله بعد دخول الآخر إلا أن تقوم بينة أنه كان أقر عندهم قبل تزويجه بعلمه ، فيفسخ حينئذ نكاح الآخر فسخاً بغيرطلاق .

ولكن لو أقر الآخر نفسه بعد دخوله بأنه قد كان بتزويج الأول عالماً قبل أن يدخل بها لم يحتج إلى بينة ،وفسخ نكاحه بطلقة بائنة[١] ، فكان لها الصداق كاملاً.

وقال عبد الملك : فسخاً بغير طلاق[٢] .

فصل [٢ ــ في وليّ المعتقة من رجلين]

ومن المدونة : وإذا أعتق الأمة رجلان فكلاهما وليّاها ، فإن أنكحها أحدهما بإذنها جاز على الآخر وإن لم يرض[٣] .

فصل [٣ ــ في الولي يرضى بغير كفء ثم لايرضى به في نكاح ثان]

قال مالك : وإذا رضي الولي برجل ليس بكفءٍ للمرأة ، فصالح ذلك الرجل زوجته فبانت منه ، ثم أرادت المرأة نكاحه بعد ذلك فامتنع الولي وقال : لست بكُفْءٍ لها ، فليس ذلك له ، وإذا رضي به مرة فليس له أن يمتنع منه أخرى .

---

(١) لأنه يتهم على فسخ نكاحه بغير طلاق . انظر : المصدر نفسه ٤٧٤/١ .
(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٧/أ .
(٣) انظر : المدونة ١٦٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

قال ابن القاسم : ألا أن يَظَهَر منه على فسق ، أو تلصُّص ، أو مافيه حجة غير الأمر الأول[١] ، فذلك للولي[٢] ، وكذلك إن رضي بعبد على ماذكرنا[٣] .

---

(١) أي غيرمابسببه اعتُبر غير كفء .

(٢) أي من حيث الامتناع منه .

(٣) قوله : على ماذكرنا ، أي الحكم في تزويج العبد كالحكم في تزويج من ليس بكفء .
قال ابن القاسم : ولم أسمع العبد من مالك ولكنه رأيي .
انظر : المدونة ١٧٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٠ .

[الباب الثامن]
في توكيل المرأة أجنبيا يزوجها
أو قالت لوليها : زوجني ممن أحببت

[فصل ١ ـــ في توكيل المرأة أجنبياً يزوجها]

قال ابن القاسم : وإذا وكلت المرأة الدنية مثل المعتقة والمسلمانية[١] والسوداء والمسكينة أجنبياً فزوجها وهي ببلدلاسلطان فيه ، أو فيه سلطان يعسر عليها تناوله ولاولي لها جاز ذلك[٢] .

وفي رواية أشهب عن مالك : أن الدنيَّة وغيرها سواء ، لايزوجها إلا ولي أو سلطان[٣] .

قال الشيخ : فوجه الأول : أنه لما لم يكن لها ولي ، وكان متناول السلطان بعيدًا صار ذلك ضرورة أباحت تزويج الأجنبي إياها ، لأنه ولي عام ، لقوله تعالى : ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[٤] .

ووجه الثانية : أن الولي العام لايزوج مع حضور[٥] الخاص ، أصله في غير الدنيَّة[٦] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك إن ولَّت من أسلمت هي على يديه ، فإنه يجوز إنكاحه إياها ، وأما من أسلم على يديه أبوها وتقادم ذلك حتى

---

(١) في المدونة ونسخ الجامع (المسالمة) والصواب ماأثبته مُصحَّحاً من هامش المدونة . قال مصححها : والمراد بها التي أسلمت من أهل الذمة وغيرهم .
(٢) انظر : المدونة ١٧٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٦/أ .
(٤) سورة التوبة : آية ٧١ .
(٥) "حضور" ليست في ز .
(٦) لأنه إذا عمل بذلك ضاعت الفروج .

يكون لها من القدر والغناء والإباء في الإسلام مايتنافس[١] الناس فيها فلا يزوجها وهو كالأجنبي فيها[٢] .

قيل لمالك : فرجال من الموالي يأخذون صبياناً من العرب تصيبهم السنة فيكفلونهم ويربونهم حتى يكبروا ، فتكون فيهم الجارية فيريد أن يزوجها؟

فقال : ذلك جائز ، ومن أنظرُ لها منه[٣] .

قال الشيخ : يريد إذا بلغت وأذنت ، وهذا إذا لم يكن لها أب ، وأما إن كان لها أب فلاينكحها بغير رضى أبيها إلا أن يجعل ذلك الأب بيده ، ونحوه في كتاب محمد[٤] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأما كل امرأة لها بال وغناء وقدر ، فإن تلك لايزوجها / إلا وليها أو السلطان . [٥٢/أ]

قيل لمالك : فلو أن امرأة لها قدر تزوجت بغير أمر ولي ، فوّضت أمرها إلى رجل فرضي الولي بعد ذلك ، أيثبت النكاح؟

فوقف فيه .

وقال ابن القاسم : إذا أجازه الولي بالقرب جاز ، وسواء دخل الزوج أم لا وإن أراد فسخه بحدثان الدخول كان ذلك له وفسَخه ، فأما إن طالت إقامتها معه وولدت الأولاد أمضيته إن كان ذلك صواباً ولم يفسخ ، وقاله مالك وغير واحد من الرواة[٥] .

قال سحنون : وقال غيره[٦] : لايجوز وإن أجازه الولي ، لأنه عقده غير الولي.

---

(١) في ز "وتنافس" .
(٢) انظر : المدونة ١٦٤/٢،١٦٥ ، تهذيب المدونة ص٨١ .
(٣) انظر : المدونة ١٧٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٤/أ .
(٥) منهم ابن نافع كما في المدونة .
(٦) أي غير ابن القاسم .

قال ابن وهب عن مالك في موضع آخر : يفرق بينهما بطلقة ، دخل بها الزوج أم لا ، إلا أن يجيز ذلك الولي أو السلطان إن لم يكن لها ولي ، فأما المرأة الوضيعة مثل المعتقة والسوداء والمسلمانية فإذا كان نكاحها ظاهراً معروفاً فذلك عندي أخف من المرأة لها الموضع .

قال الشيخ : وهذا كله موافق لرواية ابن القاسم ، وتحصيل مذهب ابن القاسم فيها : هو أنه إذا طال قبل البناء فلابد من فسخه ، وإذا طال بعد البناء فلابد من إجازته ، وإنما يجيز الولي في القرب ، كذلك كان يدرِّسه بعض شيوخنا ، وهو بيِّن - .

قال ابن القاسم : وإذا استخلفت المرأة على نفسها رجلاً فزوجها ولها وليان أحدهما أقعد بها من الآخر ، فلما علما أجازه الأبعد ورده الأقعد فلاقول هاهنا للأبعد[1] ، بخلاف التي زوجها الأبعد وكره الأقعد ، لأن ذلك نكاح عقده ولي ، وهذا نكاح عقده غير ولي فلايكون فسخ هذا إلا بيد الأقعد ، وقاله مالك[2] .

قال ابن القاسم : وإن غاب الأقعد وأراد الأبعد فسخه نظر فيه السلطان ، فإن كانت غيبة الأقعد قريبة بعث إليه وانتظره ولم يعجل ، وإن كانت غيبته بعيدة نظر السلطان كنظر الغائب في الرد أو الإجازة ، وكان أولى من الولي الحاضر[3] .

فصل [٢ ـــ في المرأة إن قالت لوليها : زوجني ممن أحببت]

قال مالك : وإذا قالت المرأة لوليها : زوجني ممن أحببت ، فزوجها من نفسه أو من غيره لم يجز حتى يسمي لها من يزوجها ، ولها أن تجيز أو ترد[4] .

وقد قال ابن القاسم : إن زوجها من غيره جاز وإن لم يسمه ، وإن زوجها من نفسه فبلغها ذلك فرضيت به جاز ، لأنها قد وكلته بتزويجها[5] .

---

(١) لأنه هو الخصم دون الأبعد .

(٢) انظر : المدونة ٢/١٧٠،١٧١ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

(٣)،(٤)،(٥) انظر : المدونة ٢/١٧٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

قال الشيخ : فصار الخلاف إنما هو في الأجنبي خاصة[١] ، وأما في نفسه فلايجوز عليها إلا أن ترضى[٢] .

قال الشيخ : فوجه قوله[٣] : إذا زوجها من غيره لم يجز حتى يُعلمها به ، لاختلاف أغراض النساء في أعيان الرجال ، وإن تساووا في الكفاءة .

ووجه قوله الثاني[٤] : فلأن تفويضها ذلك إليه رضى بما صنع .

وأما إذا زوجها من نفسه لم يجز حتى يعلمها في القولين ، لأنه يتَّهم في تقديم حظِّه ومحاباته نفسه[٥] ، وكما لو أمرته ببيع سلعتها فباعها من نفسه أنها مخيرة[٦] عليه[٧] .

---

(١) أي في تزويجها أحداً غيره ، والخلاف في اشتراط تسمية الأجنبي لها .
فمالك يشترط تسميته لها ، وابن القاسم لايشترط ذلك .

(٢) أي عند مالك وابن القاسم بلاخلاف .

(٣) أي مالك .

(٤) أي قول ابن القاسم وهو جواز تزويج الولي المرأة من غيره وإن لم يعلمها به .

(٥) انظر : المعونة ٧٤٩/٢ .

(٦) في ز "مقدمة" .

(٧) أي لها الخيار في أن تُمضي البيع أو ترده .

[الباب التاسع]
في القاضي يزوج المرأة من نفسه
والأب يزوج ابنه وهو صامتٌ ثم ينكر
وتزويج مواليه الصغار ، والوصي إماء اليتامى

[فصل ١ ـــ في القاضي يزوج المرأة من نفسه]

قال ابن القاسم : وإذا لم يكن للمرأة وليٌّ فزوَّجها القاضي من نفسه أو من ابنه برضاها جاز ، لأنه وليٌّ من لاوليَّ له ، وإن كان لها وليٌّ فزوَّجها القاضي من نفسه أو من ابنه[١] برضاها ، وأصاب وجه النكاح ولم يكن / منه جور فليس لوليها فسخ ذلك، لأن في حديث عمر : لاينكح المرأة إلا وليها أو ذوي الرأي من أهلها أو السلطان ، فقد جعل إليهم النكاح بينهم في هذا الحديث[٢][٣] . [٥٢/ب]

قال الشيخ : ولما جاز عقده عليها للأجنبي برضاها جاز عقده[٤] عليها لنفسه برضاها ، وقد أعتق النبي عليه الصلاة والسلام صفيَّة[٥] وتزوجها[٦] .

---

(١) "أو من ابنه" ليست في ز .

(٢) سبق تخريجه ص٤٣ .

(٣) انظر : المدونة ١٧٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

(٤) "عقده" ليست في ز .

(٥) هي أم المؤمنين صفية بنت حيي بن أخطب ، من بني النضير ، من بني إسرائيل من سبط هارون ابن عمران أخي موسى عليهما السلام ، قتل زوجها كنانة بن أبي الحقيق يوم خيبر ، فتزوجها النبي صلى الله عليه وسلم سنة سبع من الهجرة وجعل عتقها صداقها ، كانت عاقلةً حليمةً فاضلةً ، توفيت في رمضان سنة ٥٠هـ ودفنت بالبقيع .
انظر : الطبقات ٩٥/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٣٧/٤ ، الإصابة ٣٣٧/٤ .

(٦) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب من جعل عتق الأمة صداقها ١٢١/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها ١٠٤٥/٢ رقم (١٣٦٥) .

ابن المواز : قال ابن وهب : وأخبرني يونس[١] عن ابن شهاب عن عروة ابن الزبير أنه سأل عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم عن قول الله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾[٢] فقالت : هي البكر[٣] اليتيمة تكون في حجر وليها فيعجبه مالها وجمالها فيريد وليها أن يتزوجها بغير أن يقسط لها في صداقها ، فَنُهُوا عن أن يَنْكِحُوهنَّ إلا أن يقسطوا لهنَّ ويبلغوا بهنَّ أعلى سُنَّتِهِنَّ من الصداق ، وإلا فلينكحوا ماطاب لهم من النساء سِوَاهن[٤] .

فصل [٢ ــ في الأب يزوج ابنه وهو صامت ثم ينكر]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن زوَّج ابنه البالغ المالك لأمره وهو حاضرٌ صامت ، فلما فرغ الأب من النكاح قال الابن : ماأمرته ولم أرض ، وإنما صمتُّ لأني علمت أن ذلك لايلزمني ، فليحلف ويكون القول قوله .

وقد قال مالك فيمن زوَّج ابنه البالغ وهو غائب فأنكر إذا بلغه النكاح[٥] : سقط النكاح والصداق عنه وعن الأب .

فهذا[٦] عندي مثله[٧] وإن كان حاضراً ، وابنه وأجنبي في ذلك سواء إذا كان الابن قد ملك أمره[٨] .

---

(١) هو يونس بن يزيد بن أبي النجاد الأيلي ، مولى معاوية بن أبي سفيان ، ثقة محدث ، حدَّث عن ابن شهاب ونافع والقاسم وعكرمة وغيرهم ، توفي سنة ١٥٩هـ .
انظر : الطبقات ٣٦٠/٧ ، سير أعلام النبلاء ٤٦٧/٦ .

(٢) سورة النساء : آية ٣ .

(٣) "البكر" ليست في ز .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب تفسير القرآن ، باب ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾ ١٧٧/٥
وانظر : النوادر والزيادات ل٢١٧/أ،ب .

(٥) "النكاح" ليست في ز .

(٦) أي الابن البالغ المالك لأمره الذي زوجه أبوه وهو حاضر صامت .

(٧) أي في سقوط النكاح والصداق عنه .

(٨) انظر : المدونة ١٧٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

قال الشيخ : فإن نكل عن اليمين لزمه النكاح ، فإن شاء طلّق وودى نصف الصداق ، وإن شاء ثبت عليه .

وقد سئل ابن القاسم في المستخرجة عن الرجل يخطب المرأة إلى وليها فيزوجه ويشهد له ، فتنكر المرأة أن تكون علمت أو رضيت أتستحلف؟

قال : إن كان الإشهاد على ذلك في المسجد ، وحيث يُرَى أنها لم تعلم فلايمين عليها ، وإن كان الإشهاد ظاهرا ، أو إطعاماً لوليمة أو إشهاراً في دارها[١] .

وحيث يُرى أنها عالمة فأرى أن تحلف بالله ماوكّلته ولافوّضت إليه ذلك ، وماظننت أن ذلك اللّعب ولاذلك الإطعام الذي صُنِعَ إلا لغيري ، ثم لاشيءَ عليها ، فإن نكلت عن اليمين لزمها النكاح[٢] .

قال الشيخ : فكذلك مسألة الابن[٣] .

وقد حكي عن أبي محمد : أن اليمين إنما هي على الولد استظهاراً[٤] ، فإن نكل لم يلزمه شيء .

وقال غيره : إذا نكل طلق عليه ولزمه نصف الصداق[٥] .

والصواب ماقدمنا عن ابن القاسم[٦] ، وبالله التوفيق .

قيل لابن القاسم : فإن رضي الابن بالنكاح وهو كبير ، وهو في عياله ، إلا أنه قال : لاأغرم من المهر شيئاً ، وقال الأب : إنما أردت أن يكون المهر[٧] عليك؟

قال : قال مالك : لايكون على واحد منهما من المهر شيء ، وتقع الفرقة بعد أيمانهما[٨] .

---

(١) أي لأمر النكاح بما يدل على علمها كاللعب ونحوه .

(٢) لوجود الأسباب الدالة على الرضى.
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٩/٥، ٤٠ ، النوادر والزيادات ل٢٢٤/أ .

(٣) أي في لزوم النكاح عند نكوله عن اليمين .

(٤) أي لإقراره رجاء أن يقر بصنيع أبيه فيؤخذ بإقراره .

(٥) انظر : النكت والفروق ل٦٣/أ .

(٦) وهو أنه إن نكل عن اليمين لزمه النكاح .

(٧) "المهر" ليست في ز .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٤/ب .

قال ابن القاسم : إلا أن يكون قد دخل فإنه يحلف الأب ويبرأ ، ويكون ذلك على الابن وإن كان عديما ، إلا أن يكون الابن ممن يُوَلَّى عليه فيكون ذلك على الأب ، إلا أن يكون للابن مال[1] .

فصل[2] [٣ ـــ في تزويج المعتق مواليه الصغار وتزويج الوصي إماء اليتامى]

ومن المدونة : قال مالك : ومن أعتق صبيّاً صغيراً أو صغيرة فزوَّجها قبل البلوغ لم يجز عقده عليها بخلاف الوصي الذي يجوز عقده على الصغير ولايجوز عقده على الصغيرة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر باستئذان اليتيمة[3] ، ولاإذن إلا للبالغة .

وللوصي إنكاح إماء اليتامى وعبيدهم على وجه النظر لليتامى وطلب الفضل لهم ، وكما يجوز بيعه وشراؤه على من يلي عليه فكذلك يجوز إنكاح إمائهم وعبيدهم بعضهم من بعض أو من الأجنبي[4] . / [٥٣/أ]

وقد تقدم أن للرجل أن يُنكِحَ عبده أو أمته وإن كَرِهَا ، وله جبرهما على النكاح[5] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٢٢٤/ب .

(٢) هذا الفصل ساقط من ز .

(٣) سبق تخريجه ص ٢٣ .

(٤) انظر : المدونة ١٧٣/٢، ١٧٤ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

(٥) انظر ص ٢٥ .

[الباب العاشر]
فيمن أرسل من يزوجه فضمن الرسول الصداق أو زاد فيه

[فصل ١ ــ فيمن أرسل من يزوجه فضمن الرسول الصداق]

قال مالك : ومن أتى إلى امرأة وقال : إن فلاناً أرسلني أخطبك له ، وأمرني أن أعقد له نكاحه إن رضيت ، فقالت : قد رضيت ، ورضي وليها فأنكحه وضمن الخاطب الصداق ، ثم قدم فلان فقال : ماأمرته ، فلايثبت هذا النكاح ، ولايلزم الرسول شيئاً مما ضمن[1] .

قال الشيخ : يعني بعد يمين الغائب أنه ماأمره ، لأنه لو أقر له لزمه النكاح .

وقد قال مالك في كتاب ابن المواز في امرأة زوّجها وليها وزعم أنها أمرته ، ثم إن المرأة أنكرت ذلك لمّا بلغها ، قال مالك : عليها اليمين ، فإن حلفت سقط عنها النكاح ، فهذا[2] مثله[3] .

قال الشيخ : وإنما لم[4] يضمن الرسول ؛ لأنه إنما ضمن لها على تمام النكاح فإذا انفسخ النكاح انفسخ الضمان .

وقال علي بن زياد : ويضمن الرسول ماضمن لها[5] [6] .

قال الشيخ : يعني أنه يضمن نصف الصداق ، لأنه فسخ بطلاق قبل البناء ، فإنما يضمن ماكان على الزوج لو طلق .

---

(١) انظر : المدونة ١٧٤/٢ .

(٢) أي الحكم في الغائب الذي أنكر أمره بالخطبة والنكاح عنه .

(٣) في أنه إن حلف يسقط عنه النكاح .

(٤) "لم" ليست في أ .

(٥) "لها" ليست في ز .

(٦) انظر : المصدر نفسه ١٧٤/٢ ، وهذا القول موجود في هامش المدونة .

[فصل ٢ ــ في ضمان الرسول الصداق وزيادته فيه]

ومن المدونة : قال مالك : ومن قال لرجل : زوجني فلانة بألف ، فذهب المأمور فزوجه إياها بألفين ، فعلم بذلك قبل البناء ، قيل للزوج : إن رضيت بألفين وإلا فُرِّق بينكما ، إلا أن ترضى المرأة بالألف فيثبت النكاح .

قال الشيخ : أراه يريد إنما هذا بعد أن يحلف الزوج أنه إنما أمر الرسول أن يزوجه بألف ، فإذا حلف قيل للمرأة : إن رضيت بألف وإلا فُرِّق بينكما ، فإن نكل الزوج عن اليمين لزمه النكاح بألفين ، وهذا إذا كان على عقد الرسول بألفين بينة ، وإن لم يكن على عقده بألفين بينة إلا قول الرسول فهاهنا يكون الحكم فيها كاختلاف الزوجين في الصداق قبل البناء ، تحلف الزوجة أن العقد كان بألفين ، ثم يقال للزوج : ترضى بذلك ، أو فاحلف أنك إنما أمرته بألف ، وينفسخ النكاح إلا أن ترضى الزوجة بالألف .

قال ابن القاسم : وتكون فرقتهما تطليقة .

وقال المغيرة : بغير طلاق .

قال ابن القاسم : وسواء في ذلك قال له : زوجني فلانة ، أو قال : زوجني ، ولم يقل : فلانة .

قال : وإن قال الرسول : أنا أغرم الألف التي زدت ، وأبى الزوج لم يلزمه النكاح بذلك ، لأنه يقول : إنما أمرتك أن تزوجني بألف درهم ، فلاأرضى أن يكون صداقي ألفين .

ـ **قال الشيخ** : ولاأرضى تَحَمُّلك عنّي ، ولامنّتك علي[١] ـ .

قال مالك : وإن لم يعلما حتى دخلا لم يلزم الزوج غير الألف ، ولايلزم المأمور شيئاً ، لأنها صدَّقته ، والزوج جحدها الألف الزائدة ، والنكاح بينهما ثابت ـ يريد وعلى عقد هذا النكاح بينهما[٢] بألفين بينة ، وليس على رضى الزوج

---

(١) أي بدفع الألف ، وهذا القول من ابن يونس على لسان الزوج .

(٢) "بينهما" ليست في ز .

والزوجة بالتسمية[١] بينة .

قال ابن القاسم : وإن أقر المأمور بعد البناء بالتعدي[٢] غرم الألف الثانية[٣] ، والنكاح ثابت .

وإن دخل الزوج بعد علمه بتعدي المأمور لزمته الألفان[٤] ، علمت المرأة بتعديه أو لم تعلم .

وكذلك من أمر رجلاً أن[٥] يشتري له أمة بمئة درهم فاشتراها له بمئتين ، فوطئها الآمر بعد علمه بما زاد المأمور ، والبائع عالم بذلك أو غير عالم ، فعلى الآمر غرم مئتين[٦] .

ومن كتاب ابن المواز : قال : وإذا بنى الزوج قبل أن يعلم[٧] فإنه يحلف الزوج ماأمره إلا بالألف وماعلم بما زاد إلا بعد البناء ، فإن نكل غرم ، وإن لم يكن على أصل النكاح بالألفين بينة / غير[٨] قول الرسول حلف الزوج أيضاً[٩] ، إلا أنه [٥٣/ب] إذا نكل هاهنا لم يغرم حتى تحلف المرأة على أن أصل النكاح كان بألفين ، لاعلى أن الزوج أمر الرسول بألفين ، فإن حلف الزوج أولا فلها أن تحلف الرسول أنه أمره بألفين ، فإن نكل غرم الألف [الأخرى][١٠] .

---

(١) أي تسمية المهر بتحديد قدره .

(٢) أي بأنه زاد الألف الثانية .

(٣) لأنه أتلف بضع المرأة بما لم يأمره به الزوج ، فيكون ضامناً لما زاد على ماأمر به . انظر : المصدر نفسه ١٧٥/٢ .

(٤) لأنه دخل على علم .

(٥) "أن" ليست في ز .

(٦) انظر : المصدر نفسه ١٧٤/٢-١٧٦ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

(٧) أي : قبل أن يعلم بتعدي المأمور .

(٨) "غير" ليست في أ .

(٩) فإن كانت بينة بأن العقد كان بألفين ـ يريد مع الرسول ـ ونكل الزوج غرم الألفين . انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٦/أ .

(١٠) من النوادر .

قال أصبغ : ولو نكل الزوج فغرم في الوجهين[١] فله أن يحلف الرسول ، فإن نكل غرم[٢] .

قال ابن المواز : وهذا غلط ، لايمين للزوج على الرسول ، إذ لو أقر بالتعدي لم يكن بُدٌّ من يمين الزوج ، لأنه لما ترك اليمين فقد ألزم ذلك نفسه .

ـ **قال الشيخ** : يريد محمد:لابد من يمين الزوج أنه ماعلم بما زاد إلا بعد البناء فإذا نكل عن ذلك لزم الغرم ، فلذلك لم يكن له على الرسول يمين ـ .

قال أصبغ : وهذا فيما يشبه أن يكون صداقاً وإن كان دون صداق مثلها وقد بنى ، فيحلف[٣] وعليه ماأقر به ، وإن لم يشبه أن يكون صداقاً وجاء بأمر مُفْرِط مثل الدينارين والثلاثة والخمسة في ذوات القدر واليسار فليحلف قبل البناء ، وإن بنى حلف وبلغ بها صداق مثلها على تزويج التخفيف والصلة والقريب المواصل .

قال ابن القاسم : وإذا أنكر الآمر مازوجه به[٤] ، ثم أقر ورضي بعد ذلك ، فإن كان إنكاره ردّاً وفسخاً لفعله فلايجوز أن يجيزه ، قَرُبَ أو بَعُدَ إلا بنكاح جديد، وإن لم يكن على الرد مثل أن يقول : أكثرتم علي ، وماأُحِبُّ هذا ، ومــاأُرَاني أرضى ، وشِبه هذا فلابأس[٥] أن يجيز ، وإن طال الأمر ولايُعلم منه رضى ولاسخط فلايجوز إلا أن يأتنفا نكاحاً جديداً حين لم يُجِزْه حين علم ، ولأنهما لايتوارثان ، وأما ماقرُب فيتوارثان استحساناً[٦] .

وقال : وتحرم على آبائه وأبنائه ، ردَّ ذلك أو رضيه ، وقاله أصبغ ، وذلك كله[٧] ما لم يدخل[٨] .

---

(١) المراد بالوجهين وجود بينة على أن أصل النكاح كان بألفين وعدم وجودها .
(٢) أي غرم الألف الزائدة .
(٣) أي على أنه لم يأمره بالزيادة .
(٤) أي مازوجه المأمور بالمهر المشتمل على الزيادة .
(٥) في جميع النسخ زيادة "به" .
(٦) والمراد بالاستحسان عند المالكية : القول بأقوى الدليلين .
انظر : إحكام الفصول في أحكام الأصول ص٥٦٤ .
(٧) أي ماقرب أو بعد .
(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٦/أ،ب .

[الباب الحادي عشر]
في النكاح يعقده ذمي أو عبد أو امرأة

[فصل ١ ــ في النكاح يعقده ذمي]

قال الله تعالى : ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾(١) ، وقال : ﴿لَا تَتَّخِذُوا۟ ٱلْيَهُودَ وَٱلنَّصَارَىٰٓ أَوْلِيَآءَ﴾(٢) .

قال مالك : فلايجوز لنصراني عقد نكاح مسلمة أباً كان أو غيره(٣) .

قال ابن القاسم : ويعقد النصراني نكاح وليته النصرانية لمسلم إن شاء ، لأنه وليّ لها ، وإن كان لهذه النصرانية أخ مسلم فلايعقد نكاحها من مسلم إن كانت من نساء أهل الجزية ، لقول الله تعالى في أهل الكفر : ﴿مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَىْءٍ﴾(٤) (٥) .

قال ابن المواز : وإذا زوَّجها مسلم فقد زوجها غير وليّ ، كان أباً أو غيره(٦) .

قال ابن القاسم : وإن لم تكن من نساء أهل الجزية وقد أعتقها مسلم جاز أن يزوجها وليها المسلم ومولاها بإذنها ، لأن ولاءها للمسلمين .

وأما(٧) إن كانت من نساء أهل الجزية فلايزوجها مسلم من مسلم ولامن نصراني ، فإن زوجها المسلم من مسلم فُسِخ نكاحه ، لأنه زوَّجها غير وليّ ، وإن

---

(١) سورة التوبة : آية ٧١ .

(٢) سورة المائدة : آية ٥١ .
وقد ذكر المؤلف هاتين الآيتين مستدلاً بهما على أن الولاية في النكاح تابعة للولاية في الدين ، فبما أن الولاية في الدين منتفية بين المسلمين وأهل الذمة فكذلك الولاية في النكاح .

(٣) انظر : المدونة ١٧٦/٢ .

(٤) سورة الأنفال : آية ٧٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ١٧٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

(٦) أي فيفسخ لأنه ليس ولياً لها ، انظر : تهذيب الطالب ل٨/ب .

(٧) من هنا إلى آخر الباب ساقط من ز .

زوجها من نصراني لم أفسخه ، لأنه نصراني تزوج نصرانية بغير ولي ، ولسنا نعرض لهم في نكاحهم ، إلا أن المسلم الذي عقد نكاحها منه ظلم نفسه لما أعان على ذلك ودخل لهم فيه[١] .

قال ابن المواز : قيل لأشهب : فالنصراني تكون له البنت النصرانية أيعقد نكاحها مع مسلم؟

قال : نعم .

قيل له : فإن كان الأب مسلماً أيعقد نكاحها مع مسلم؟

قال : لا[٢] .

قال أصبغ : إن وقع لم أفسخه ، وهو نكاح ، لأن النصراني لايعقد نكاحاً إلا كان عقد المسلم أصح منه وأفضل ، وإنما ولايتها في الحكم أولى من وليها المسلم فإن لم يرغبوا فولت مسلما عقد نكاحها فهو أحب إلي من وليها الكافر .

قال ابن المواز : وهذا غلط ، وخلاف لقول مالك / وابن القاسم [٥٤/أ] [وأشهب][٣] مع غفلة عن الحجة ، لأن المسلم ليس بولي لها ، فإذا أنكحها من مسلم صار هذا المسلم قد تزوجها بلاولي فنكاحه باطل .

قيل لابن القاسم : فإن كانت هذه النصرانية لاولي لها أرادت نكاح مسلم ، أتولي مسلما يزوجها منه؟

قال : لا ، ولايزوجها إلا أهل دينها أساقفتهم[٤] أو بعض ولاتهم .

قيل له : هل للسيد المسلم أن يزوج أمته النصرانية من نصراني أو غيره؟

قال : نعم ، وليس هذا من قبل الولاية ولكن من قبل أنها ماله[٥] .

قال الشيخ : وأما تزويجه إياها من غير مسلم فجائز ، وأما من مسلم

---

(١) انظر : العتبية مع البيان ٢٩٣/٤ ، النوادر والزيادات ل٢١٨/أ .

(٢) لأنه غير ولي ، انظر : تهذيب الطالب ل٨/ب .

(٣) من النوادر .

(٤) الأساقفة : جمع ، واحدهم الأُسقف،وهو رتبة من رُتَب النصارى .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٨/أ .

فلايجوز ، لأن المسلم لايجوز له نكاح الأمة الكتابية ولايطؤها إلا بملك اليمين[١] ، كان حراً أو عبداً ، كانت لمسلم أو ذمي ، ولايزوجها سيدها من غلام له مسلم ، قاله مالك في النكاح الثالث[٢] .

فصل [٢ ـ في النكاح يعقده عبد]

ومن المدونة : قال مالك : والعبد والمكاتب[٣] والمدبَّر[٤] والمعتق بعضه والنصراني والمرتد ليس منهم مَنْ يلي عُقْدَة النكاح ، فإن عقد أحدهم نكاح ابنته البكر أو الثيب برضاها ، وابنة النصراني مسلمة لم يجز ويفسخ وإن دخل بها ، وللمدخول بها المهر بالمسيس .

قال مالك : ولو كانت ابنة العبد حرة فأراد أولياؤها إجازة ذلك[٥] لم يجز ، ولابد من فسخه ، لأن العبد والمكاتب والمدبر لايجوز لهم أن يعقدوا نكاح بناتهم ولاأخواتهم ولاأمهاتهم[٦] .

---

(١) والدليل أن الله تعالى لما أباح نكاح الإماء قال : ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ سورة النساء : آية ٢٥ .
فشرط سبحانه وتعالى في نكاحهن الإيمان .
قال ابن العربي عند تفسير هذه الآية : بهذا استدل مالك على أن نكاح الأمة الكافرة لايحل ، لأن الله تعالى أباح نكاح المؤمنة ، فكان شرطاً في نكاح الإماء الإيمان .
أحكام القرآن ١/٣٩٥ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٠٦ .

(٣) المكاتب : هو المعتَق على مال مؤجل من العبد موقوف عتقه على أدائه .
انظر : شرح حدود ابن عرفة ٢/٦٧٦ .

(٤) المدبر : قال ابن عرفة : هو المعتق من ثلث ماله بعد موته بعتق لازم .
المصدر نفسه ٢/٦٧٥ .

(٥) أي عقد أبيها لنكاحها .

(٦) المدونة ٢/١٧٦ ، تهذيب المدونة ص٨١ .

قال مالك في كتاب محمد فيما عقده الأب العبد على ابنته أو غيرها ، أو فيما عقدته المرأة على ابنتها أو ابنة غيرها أو على نفسها:يفسخ قبل البناء أو بعده ، وإن ولدت الأولاد وطال زمانه أجازه الأولياء أوكان بإذنهم ، كان [لها][1] خطبٌ أو لم يكن ، ويفسخ بطلقة ، ولها المسمى إن دخلت .

قال أصبغ : ولاميراث فيما عقدته المرأة أو العبد وإن فسخ بطلاق ، لضعف الاختلاف فيه .

قال ابن القاسم : وكذلك عَقْدُ مَنْ فيه بقية رق[2] .

قال مالك : وكذلك إن كانت المرأة أو العبد وصيين على التي عقدا عليها ، فلايجوز عقدهما ، إلا أن للعبد الوصي أو المرأة الوصية أن يولِّيا أجنبياً على العقد ، فيجوز وإن كره الأولياء ، وإن لم يكونا وصيين فلايجوز عقدهما ولااستخلافهما[3].

قال ابن القاسم في العتبية : وإن كان العبد[4] ذا نَفَاذ[5] ونَظَر فليحضر وليُسمع من رأيه[6] ، وليس له في الاستخلاف شيئاً[7] .

وقال في الواضحة : وإن جَهِلَ العبد فاستخلف غيره[8] فعقد نكاح ابنته الحرة فسخ ذلك ، وإن فات بالبناء مضى ولم يفسخ[9] .

قال في العتبية : وكذلك النصراني لايزوج ابنته المسلمة ولايستخلف من يزوجها ، ولايطلب في ذلك رضاه إلا أن يكون وصيّاً لرجل مسلم وأجازه الإمام

---

(١) من النوادر .

(٢) أي بكتابة أو معتق بعضه .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٧/ب .

(٤) أي العبد المسلم في تزويج ابنته الحرة .

(٥) المراد بالنفاذ الحِدَّة والمَضَاء . انظر : اللسان ، مادة (نفذ) .

(٦) قال ابن القاسم : فإن رأى في قوله سداداً رايت أن يتبع .

(٧) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٨٦/٤ .

(٨) أي وهو غير وصي .

(٩) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٨/ب .

فله أن يستخلف مسلماً يلي عقد نكاح بنات الميت[١] .

قال عبد الوهاب : وإنما لم يجز عقد العبد[٢] على النساء ، لأن الرق ينافي ولاية عقد النكاح ، لأن العبد ناقص نقصاً أوجبه الكفر ، وهو أصل رقّه ، فهو كالكافر فيه ، ولأن كلَّ نقص منع وجوب صلاة الجمعة وتقلُّدَ الحكم منع ولاية عقد النكاح على النساء كالنساء[٣] .

ومن المدونة : قال مالك : والعبد إذا استخلفه حر على البُضْعِ فليوكِّل غيره على العقد .

قال مالك : وللمكاتب إنكاح إمائه على ابتغاء الفضل ، وإلا لم يجز[٤] إذا ردَّ ذلك السيد .

ولايتزوج المكاتب إلا بإذن سيده[٥] .

فصل [٣ ــ في النكاح تعقده امرأة]

قال مالك : ولاتعقد المرأة نكاحاً على أحد من الناس ولاابنتها ولكن تستخلف رجلاً يعقد لها النكاح إن كانت وصية ، ولها أن تستخلف أجنبياً وإن كان أولياء الجارية حضوراً[٦] .

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٨٦/٤ .

(٢) في أ "البيع" .

(٣) انظر : المعونة ٧٤٠/٢ .

وقوله : كالنساء ، أي في كونهن ناقصات بسبب الأنوثية ، فمُنعن من مباشرة ماذكر .

(٤) "وإلا لم يجز" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ١٧٧،١٧٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢،٨١ .

(٦) انظر : المدونة ١٧٦/٢ .

قال سحنون : قال بعض / الرواة : وذلك أن جميع من سميت ليس بولي[١] ، [٥٤/ب] فإذا استُخلف أحد منهم على النكاح فليستخلف هو غيره[٢] ، بذلك جاءت الآثار والسنة[٣][٤] .

وروى ابن وهب أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب ميمونة[٥] ، فجعلت ميمونة أمرها إلى أمِّ الفضل[٦] ، فولَّت أمُّ الفضل العباسَ فزوَّجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم[٧] .

وروى ابن وهب عن أبي هريرة أنه قال : لاتُزوِّجُ المرأةُ المرأةَ ، ولاتُزوِّجُ المرأةُ نفسها ، فالزانية هي التي تُنكِحُ نفسها[٨] .

---

(١) يريد : العبد والنصراني والمرتد والمرأة .

(٢) أي فيعقد المستخلف النكاح .

(٣) لعله يشير إلى ماسيذكره المؤلف من الأحاديث والآثار .

(٤) انظر : المصدر نفسه ١٧٧/٢ .

(٥) هي أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث بن حزن الهلالية ، تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذي القعدة سنة سبع لما اعتمر عمرة القضية ، وبنى بها وهو حلالٌ غير مُحرِم بسرف على عشرة أميال من مكة ، وتوفيت بسرف ، ودفنت في موضع قُبَّتها التي بنى بها فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة ٥١هـ .
انظر : الطبقات ١٠٤/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٩١/٤ ، الإصابة ٣٩٧/٤ .

(٦) هي لُبابة بنت الحارث بن حزن الهلالية ، أخت أم المؤمنين ميمونة ، زوجة العباس بن عبد المطلب وأمُّ أكثر بنيه ، روت عن النبي صلى الله عليه وسلم أحاديث كثيرة ، وكانت من المنجبات ، ولدت للعباس ستة رجالٍ لم تلد امرأة مثلهم .
الطبقات ٢١٦/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٨٥/٤ .

(٧) أخرجه أحمد ٣٥٤/١ رقم (٢٤٤٥) وفيه الحجاج بن أرطأة كثير الخطأ والتدليس .
انظر : التقريب ١٨٨/١ رقم (١١٢٢) ، والدارقطني ، كتاب النكاح ، باب المهر ٢٦٣/٣ رقم (٦٩) وفيه ابن لهيعة ضعيف ، انظر : التقريب ٥٢٦/١ رقم (٣٥٧٤) ، وأخرجه الحاكم كتاب النكاح ٣٢/٤ رقم (٦٧٩٥) عن ابن شهاب مرسلاً ، فالحديث ضعيف .

(٨) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ٢٢٧/٣ رقم (٢٩) موقوفاً ، وروي مرفوعاً أخرجه ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ٦٠٦/١ رقم (١٨٨٢) ، والدارقطني ، كتاب النكاح ٢٢٧/٣، ٢٢٨ رقم (٢٥-٣١) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ١٧٧/٧، ١٧٨ رقم (١٣٦٣٢-١٣٦٣٥) . =

قلت لابن القاسم : فحديث عائشة رضي الله عنها حين زوجت حفصة[(١)] بنت أخيها عبد الرحمن[(٢)] من المنذر بن الزبير[(٣)] [(٤)] ، أليس قد عقدت عائشة رضي الله عنها النكاح؟

قال : لاأعرف تفسيره ، إلا أني أظنُّ أنها وكَّلت مَنْ عقد نكاحها[(٥)] .

قال ابن المواز : ولايثبت أنها عقدته ، فلايحتج بمثل هذا ، وقد يقال فيمن فعل بأمره[(٦)] أن الآمر فعله ، وكما جاء في بريرة[(٧)] أنها كانت مكاتبة فاشترتها

= قال في الزوائد : في إسناده جميل بن الحسن العتكي ، ذكره ابن حبان في الثقات وقال : يُغرِب، وأخرج له في صحيحه هو وابن خزيمة والحاكم ، وقال مسلمة الأندلسي : ثقة .
وباقي رجال الإسناد ثقات .

(١) هي حفصة بنت عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ، روت عن أبيها وعن عمتها عائشة وعن خالتها أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم سماعاً .
انظر : الطبقات ٣٤٢/٨ .

(٢) هو عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق ، شهد مع قريش بدراً وأحداً مشركاً ، وأسلم في صلح الحديبية ، كان من الرماة المذكورين والشجعان ، قتل يوم اليمامة سبعة من كبارهم ، توفي بمكة سنة ٥٣هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ١٠٣/٤ ، شذرات الذهب ٥٩/١ .

(٣) هو المنذر بن الزبير بن العوام بن خويلد ، وأمه أسماء بنت أبي بكر الصديق .
انظر : الطبقات ١٣٩/٥ .

(٤) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب مالايبين من التمليك ٤٣٦/٢ رقم (١٥) .

(٥) انظر : المدونة ١٧٨/٢ .
وقد جزم مالك بذلك وذكر سبب فعلها فقال : وذلك لمكانها من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد وكّلت عائشة رجلاً على العقد .
انظر : النوادر والزيادات ل٢١٦/ب .

(٦) "بأمره" ليست في أ .

(٧) هي بريرة مولاة أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، كانت مولاة لقوم من الأنصار فكاتبوها ثم باعوها من عائشة ، وجاء الحديث في شأنها بأن الولاء لمن أعتق ، وعتقت تحت زوجها فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت سنة .
الطبقات ٢٠١/٨ ، الإصابة ٢٤٣/٤،٢٤٥ .

عائشة رضي الله عنها ، فصار ولاؤها لها[١] ، وليس في الحديث أنها عجزت ، فلم يستقم إلا أن يقال : إنها عجزت ، لأنه لااختلاف في أن ولاء المكاتب لمن عقد كتابته ، إلا أن يعجز ، فعلى هذا يُحْمَلُ أمر عائشة في التزويج أنها أمرت من عقد النكاح ، وذكر حديث أبي هريرة أنه قال : لاتزوج المرأة المرأة ، ولاتزوج نفسها ، فإن الزانية هي التي تنكح نفسها[٢] .

قال الشيخ : وذكر هذا الحديث عبد الوهاب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "لاتنكح المرأة نفسها"[٣] [٤] .

وقال غير ابن القاسم في المدونة : قد جاء حديث عائشة رضي الله عنها ولكن لم يصحبه عمل ، فهو كغيره من الأحاديث مما لم يصحبه عمل ، وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم : "لايزني الزاني حين يزني وهومؤمن ، ولايسرق حين يسرق وهو مؤمن"[٥] ، وقد أنزل حده على الإيمان ، وقطعه على الإيمان[٦] ،

---

(١) أي بأمر الرسول صلى الله عليه وسلم فقد قال لعائشة : "ابتاعي فأعتقي ، فإنما الولاء لمن أعتق" .
أخرجه البخاري ، كتاب المكاتب ، باب المكاتب ونجومه في كل سنة نجم ١٢٦/٣ ، ومسلم كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق ١١٤١/٢ رقم (١٥٠٤) .

(٢) سبق تخريجه قريبا .

(٣) سبق تخريجه ص٤٣ .

(٤) انظر : المعونة ٧٢٧/٢ .

(٥) أخرجه البخاري ، كتاب الحدود ، باب لايشرب الخمر ١٣/٨ ، ومسلم ، كتاب الإيمان ، باب نقصان الإيمان بالمعاصي ٧٦/١ رقم (١٠٠) .

(٦) فالزاني يحد والسارق يقطع ولايقام ذلك إلا على المؤمنين لاعلى الكافرين ، فظاهر الحديث متروك ، بل إن المنفي في الحديث كمال الإيمان ، قال شيخ الإسلام ابن تيمية : أئمة السنة كلهم متفقون على أن الفساق الذين ليسوا منافقين معهم شئ من الإيمان يخرجون به من النار الفارق بينهم وبين الكفار والمنافقين، لكن إذا كان معهم بعض الإيمان لم يلزم أن يدخل في الاسم المطلق الممدوح ، وصاحب الشرع قد نفى الاسم عن هؤلاء فقال : "لايزني الزاني حين يزني وهو مؤمن" .
الكلام على حقيقة الإسلام والإيمان ، تأليف شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية ، تحقيق محمود حسن الشيباني (الناشر : بدون ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ) ص٢٩٣ .

وروي عن الصحابة رضي الله عنهم أحاديث لم يعمل بها ، وأخذ عامة الناس والصحابة بغيرها ، فبقي الأول غير مُكذَّب ولامعمول به ، فاترك ماتُرِكَ العمل به ، ولاتكذِّبه ، واعمل بما عُمِلَ به ، وصَدِّقه ، وقد صَحِبَ العملَ قولُ النبي صلى الله عليه وسلم : "لاتتزوج المرأة إلا بولي"[١] ، وقول عمر : لاتتزوج المرأة إلا بولي[٢] ، وإن عمر فرَّق بين من يَتَزَوَّجُ بغير ولي[٣][٤] .

وقال عيسى عن ابن القاسم : وللرجل أن يستخلف من شاء امرأة أو عبداً أو نصرانياً يعقِد نكاحه[٥] .

قال : فتعقد المرأة على عبدها نكاحه ، ولاتعقد على أمتها[٦] ، وكذلك قال ابن حبيب : إن للمرأة أن تليّ عقد نكاح من تلي عليه من الذكور ، وكذلك في عبدها ، وأنها لاتعقد على من لايعقد على نفسه أبداً[٧] .

قال الشيخ : وإنما يعقد على من له حِلٌّ ماعقدت عليه يوماً مّا[٨] .

---

(١) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في الولي ٢/٥٦٦ رقم (٥٠٨٣) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء لانكاح إلا بولي ٣/٤٠٧ رقم (١١٠٢) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ١/٦٠٥ رقم (١٨٧٩) كلهم بلفظ : "أيما امرأة لم ينكحها الولي فنكاحها باطل" ، وقال الترمذي : حديث حسن ، ويشهد له حديث "لانكاح إلا بولي" ، أخرجه الحاكم ، كتاب النكاح ٢/١٨٤ رقم (٢٧١١) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب لانكاح إلا بولي ٧/١٧٩ رقم (١٣٦٣٧) بمعناه .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور ، باب لانكاح إلا بولي ١/١٤٩ رقم (٥٣٠) بلفظ : فجلد الناكح والمنكح وفرق بينهما ، وسيأتي قريباً .

(٤) انظر : المدونة ٢/١٧٨ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٧/ب .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل٢١٧/ب ، ٢١٨/أ .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل٢١٨/أ .
والمراد بمن لايعقد على نفسه المرأة سواء كانت حرة أو أمة .

(٨) وهم الذكور ، لذا قال ابن القاسم : والعبد والمرأة إذا أوصى إلى واحد منهما وكَّلاً من يعقد على البنات ، ولهما العقد على من يليا من الذكور ، وكذلك النصراني يفوِّض إليه ، وإنما يعقدوا على من يعقد على نفسه يوماً ما .
انظر : النوادر والزيادات ل٢١٨/أ .

[الباب الثاني عشر]
في النكاح بغير إذن الولي

[فصل ١ ـــ في ذكر مايدل على تحريم النكاح بغير إذن الولي وعقوبة فاعله]

روى ابن وهب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لاتنكح المرأة بغير إذن وليها ، فإن نكحت فنكاحها باطل ، وأعادها ثلاث مرات ، فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لاولي له"(١) .

قيل لمالك فيمن يزوج امرأةً بغير أمر الولي بشهود : أَيُضْرب أحد منهم؟

فقال : أو دخل بها؟

قالوا : لا ، وأنكر الشهود أن يكونوا حضوراً .

فقال : لاعقوبة عليهم .

قال ابن القاسم : إلا أني رأيت منه أنه لو دخل عليها لعوقبت المرأة والزوج والذي(٢) / أَنكَح ، ويؤدَّب الشهود أيضاً إن عَلِمُوا(٣) . [٥٥/أ]

قال ابن وهب : وروي عن عمر بن الخطاب في رَكْبٍ جمعتهم الطريق ، فولَّت امرأة أمرها غير وليٍّ فأنكحها رجلاً منهم ، ففرَّق عمر بينهما ، وعاقب النَّاكِحَ والمُنْكِح(٤) .

وكتب به عمر بن عبد العزيز إلى أيوب بن شرحبيل(٥) : أيُّما رجل نكح

---

(١) سبق تخريجه ص٤٣ .

(٢) في أ ، ب "والزوج الذي" .

(٣) انظر : المدونة ١٧٧/٢، ١٧٨ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٤) سبق تخريجه ص٨٤ .

(٥) هو أيوب بن شرحبيل بن أبرهة الأصبحي ، من بني الصباح ، أمير من النبلاء الصلحاء ، ولي مصر لعمر بن عبد العزيز أول سنة ٩٨هـ ، وحسنت أحوالها في أيامه ، توفي سنة ١٠١هـ .
انظر : الأعلام ، تأليف خير الدين الزركلي (دار العلم للملايين ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٤م) ٣٨/٢ .

امرأة بغير إذن وليِّها انتَزِعْ منه امرأته ، وعاقِبِ الذين أَنْكَحُوا[١] .

[فصل ٢ ــ في مايترتب على النكاح بغير إذن الولي إن فعل]

قال مالك : ويكره للرجل أن يتزوج امرأةً بغير إذن وليها[٢] .

قال ابن القاسم : فإن فَعَلَ كُرِهَ له وطؤها حتى يعلم وليُّها فيجيز أو يفسخ ، ولو أن امرأة استخلفت رجلاً فزوجها بغير إذن الولي ، فسخه الإمام أو وليها عند الإمام ، فليفسخه بطلقة بائنة ، سواء دخل بها أو لم يدخل ، ثم إن أرادته زوَّجها إياه الإمام مكانها وإن كَرِهَ الولي ، إذا دعت إلى سداد وإن لم يساوِ حَسَبَها ولاغِناها ، وكان مرضيّاً في دينه وعقله ، وهذا إذا لم يكن دخل بها[٣] .

قال الشيخ : يريد : ولو كان دخل بها لم يُنكِحْها حتى تستبرأ بثلاث حيض[٤] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران في قوله : وهذا إذا لم يكن دخل بها ، قال : إن كان الاشتراط من قول ابن القاسم فهو خلاف الذي ذكر ابن حبيب .

والذي ذكر ابن حبيب قال : قال مالك : إن كان نكاحاً ليس لأحد إجازته فلايتزوجها في الاستبراء منه ، وإن كان للولي أو السلطان إجازته فله أن يتزوجها في عدتها منه قبل تمامها[٥] .

قال أبو عمران : فإن كان هذا الاشتراط من لفظ سحنون فقد مرَّ على مذهبه[٦] ، لأنه قال في العبد يتزوج بغير إذن سيده فيجيز السيد نكاحه : أنه يستبرئ بعد إجازة السيد ، وقاله ابن الماجشون معه .

---

(١) انظر : المدونة ١٦٦/٢ .
(٢) انظر : المصدر نفسه ١٧٨/٢ .
(٣) انظر : المصدر نفسه ١٧٨/٢، ١٧٩ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .
(٤) لأن كل نكاح قد تم فسخه بعد الدخول فلابد فيه من استبراء المرأة بثلاث حيض .
(٥) انظر : تهذيب الطالب ل١٢/أ .
(٦) انظر : المدونة ١٧٩/٢ .

وكذلك كل عقد كان فاسداً ثم أجيز فلابد فيه من الاستبراء ، بخلاف من تزوج بصداق فاسد ، هذا إذا ثبت بالدخول لااستبراء فيه .

وكذلك الذي يكون عقده صحيحاً ثم يطؤها وطأ فاسداً مثل وطء الحائض والصائمة في رمضان ، لااستبراء في هذا الوطء[1] .

قال الشيخ : لأن الاستبراء في مثل هذا إنما يقع في ابتداء النكاح أو ماضارعه مما للوليّ فسخه أو إجازته كابتداء نكاح ، وأما نكاح لاتعقّبَ لأحد في إجازته فلااستبراء في وطئه .

قال الشيخ : يريد : ولو كان دخل بها لم يُنكِحْها حتى تستبرأ بثلاث حيض .

قال ابن القاسم : وإن كان وليها غائباً وقد استخلفت رجلاً فزوّجها فرفعت هي أمرها إلى الإمام قبل قدوم وليها ، نظر الإمام في ذلك وبعث إلى وليها إن قرب[2] ، وإن بَعُدَ نظر كنظر الغائب في الردّ والإجازة[3] .

وقال غيره : إن كانت غيبة الولي بعيدةً لم ينتظر ، وينبغي للإمام أن يفرق بينهما ويأتنف نكاحها منه إن أرادته ، ولاينبغي أن يُثبِتَ نكاحاً عقده غير وليٍّ في ذات الحال والقدر[4] .

قال ابن القاسم : وإذا تزوجت امرأة بغير إذن الولي فأراد الولي أن يفرق بينهما فالفرقة في مثل هذا لاتكون إلا عند السلطان ، إلا أن يرضى الزوج بالفراق دونه .

وإن تزوجت ولم تستخلف أحداً لم يقر هذا النكاح في دنيئة ولاغيرها ، ويفسخ وإن ولدت الأولاد ، لأنها هي عقدت النكاح ، ولايجوز ذلك على حال[5].

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل١٢/أ،ب .

(٢) فيفرق أو يترك .

(٣) قال ابن القاسم : وإن كان بعيداً نظر السلطان في ذلك على قدر مايرى مع اجتهاد أهل العلم فإن رأى الترك خيراً لها تركها وإن رأى التفرقة خيراً لها فرق بينه وبينها . المدونة ١٧٩/٢ .

(٤)،(٥) انظر : المصدر نفسه ١٧٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

قال / ابن القاسم : ويدرأ عنها الحد[١] .   [٥٥/ب]

وإن زوجها وليها من رجل ، ثم طلقها ذلك الرجل ثم خطبها فليس له نكاحها إلا بعقد الولي أيضاً ، والنكاح الأول والثاني سواء[٢] .

وقال ابن القاسم : من أعتق أم ولده وله منها أولاد رجال ثم أنكحها سيدها من نفسه أو من غيره برضاها جاز وإن كره ولدها ، لأن المَوْلى ولي[٣] . وبالله التوفيق .

---

(١) انظر : المدونة ١٧٩/٢ ، وكذلك يدرأ عن زوجها ، انظر : التفريع ٣٢/٢ ، وسبب درء الحد عنهما لكونهما اعتقدا صحته فيكون من الوطء بشبهة ،وكل وطء بشبهة يُدرأ فيه الحد .

(٢)،(٣) انظر : المدونة ١٨٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

[الباب الثالث عشر]
في النكاح الذي يفسخ بطلاق أو بغير طلاق

[فصل ١ ــ في النكاح الذي يفسخ بطلاق]

قال مالك : كل نكاحٍ يكون للولي أو لأحد الزوجين أو لغيره امضاؤه أو فَسخُه ، فإن فَسْخَه إياه بطلاقٍ ، وتكون تطليقة بائنة[١] .

قال ابن القاسم : ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ ، مثل التي تتزوج بغير أمر الولي ، فيطلقها الزوج قبل البناء أو بعده ، فإنه يلزمه ماطلقها ، وكذلك إن خالعها على مالٍ أخذه منها قبل أن يجيز الولي ، ثم أبى الولي أن يجيز ، فإن الزوج يحل له مأأخذ منها ، لأن طلاقه يقع عليها بما أعطته .

قال ابن القاسم : لأن فسخ هذا النكاح عند مالك لم يكن على وجه تحريم النكاح ، ولم يكن عنده بالأمر البين ، وقد سمعته يقول : مَافَسْخُه بالبين ولكنه أحب إلي .

فقلت له : أترى أن يفسخ وإن أجازه الولي؟

فوقف عنه ، فعرفت أنه عنده ضعيف[٢] .

وقال غيره في التي خالعها على مال : يرد المال ، لأن للولي الإجازة أو الفسخ ، مثل التي تتزوج رجلاً فتختلع منه ، ثم يظهر أنه كان مجنوناً أو مجذوماً[٣] ، فالخلع ماضٍ ، وترجع عليه بما أخذ منها ، لأنها أملك لفراقه[٤] .

---

(١) انظر : المدونة ١٨١/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٢) قال ابن القاسم : وأرى فيه أنه جائز إذا أجازه الولي .
انظر : المدونة ١٨٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٣) الجُذَام : داءٌ معروفٌ بأكل اللحم ، وقد جُذِم الرجل بضم الجيم فهو مَجذُوم ، ولايقال : أَجذَم. تنبيه الطالب ص٤٦ .

(٤) من أجل العيب الذي ظهر فيه ولم تكن علمت به .

[فصل ٢ ـــ في النكاح الذي يفسخ بغير طلاق]

وقال ابن القاسم غير مرةٍ هو وأكثر الرواة : إن كلَّ نكاحٍ كانا مغلوبين على فسخه مثل نكاح الشغار ونكاحِ المريض[١] والمُحْرِم[٢] ، وماكان صداقه فاسداً ، أو عُقِدَ على أن لاصداق فيه فأُدْرِكَ قبل البناء فكانا مغلوبين على فسخه ، فالفسخ في ذلك كله بغير طلاق ، ولايقع فيه طلاق ، ولاميراث فيه[٣] .

قال ابن القاسم : وماعقدته المرأة على نفسها أو على غيرها ، وماعقده العبد على غيره ، فإن هذا يفسخ قبل البناء وبعده بلاطلاق ، ولاميراث فيه ، وهكذا قال مالك : إن كل نكاح يفسخ على كل حال فالفسخ فيه بغير طلاق[٤] .

قال الشيخ : وقد تقدم لمالك في كتاب محمد : أن ماعقدته المرأة على نفسها فالفسخ فيه بطلاق[٥] .

---

(١) سيأتي تفصيله في بابه .

(٢) لأن المحرم لايصح نكاحه ، لما روى عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : "لايَنكِحُ المُحْرِمُ ولايُنكَحُ ولايَخطُب" .
أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم نكاح المحرم ، وكراهة خطبته ١٠٣٠/٢ رقم (١٤٠٩) .

(٣) ورأى ابن القاسم الأخير أنه يفسخ بطلاق لرواية بلغته عن مالك ، كما ذكر عنه سحنون في المدونة .
انظر : المدونة ١٨١/٢ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ١٨١/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٥) سواء كان قبل البناء أو بعده ، أجازه الأولياء أو كان بإذنهم ، كان لها خَطْبٌ أو لم يكن ، ولها المسمى بالدخول .
انظر : النوادر والزيادات ل٢١٧/ب .

قال ابن القاسم : وكل مافسخ بعد البناء مما فسد لعقده ففيه المسمى[(١)] ، ومافسخ من جميع ماذكرت قبل البناء فلاصداق فيه ، وترده إن قبضته[(٢)] .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك[(٣)] لقوله صلى الله عليه وسلم : "فإن أصابها فلها مهرها بما أصاب منها"[(٤)] ، وفيه دليلٌ أنه إن لم يصبها فلامهر لها .

قال ابن القاسم : وإن قذفها الزوج في النكاح الذي لايقرّان عليه على حال لاعَن ، لثبوت النسب فيه[(٥)] ، وإن ظاهر منها لم يلزمه ظهار إلا أن يريد بقوله : إن تزوجتك ، من ذي قبل ، فهذا إن تزوجها تزويجاً صحيحاً لزمه الظهار .

وإن آلى منها لم يلزمه الإيلاء ، لأنه أمر بفسخ ، ولكن إن تزوجها بعد[(٦)] هذا النكاح المفسوخ لزمه الإيلاء[(٧)] ، لأنه لو قال لأجنبية : أنت طالق ، لم يلزمه شيء ، ولو قال لها : والله لاأطؤك ، ثم تزوجها كان مُولياً منها عند مالك[(٨)] ، وإنما الظهار بمنزلة الطلاق .

ولو قال لأجنبية : أنت طالق ، لم يلزمه شيء إلا أن يريد بقوله : إن تزوجتك فأنت طالق ، فهذا إن تزوجها فهي طالق ، وكذلك الظهار ، ثم قال ابن القاسم لرواية / بَلَغَتْهُ عمن يرضاه من أهل العلم : إن كلَّ نكاح نصَّ الله تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام على تحريمه لايختلف فيه فإنه يفسخ بغير طلاق ، وإن طلق فيه قبل الفسخ لم يلزمه ، ولايتوارثان كمتزوج الخامسة أو أخته من الرضاعة ، أو المرأة [٥٦/أ]

---

(١) ولايُلتفت إلى مهر المثل .

(٢) لأن المرأة لاتستحق المهر إلا بالدخول .
انظر : المدونة ١٨١/٢، ١٨٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٣) أي لاصداق فيما فسخ قبل البناء .

(٤) وهذا جزءٌ من حديث "لاتنكح المرأة بغير إذن وليها" ، وقد سبق تخريجه ص٤٣ .

(٥) ولأنه يخاف الحمل . انظر : المدونة ١٨٤/٢ .

(٦) في أ "في" .

(٧) لقول مالك : كل يمين منعته من الجماع فهو بها مول .
انظر : المصدر نفسه ١٨٤/٢ .

(٨) لأن مالكاً قال : كل من لم يستطع أن يجامع إلا بكفارة فهو مول .
انظر : المصدر نفسه ١٨٤/٢ .

في عدتها ، أو على عمتها ، أو على خالتها ، أو على أمها قبل أن يدخل بها ، ولاتحرم بهذا النكاح إن لم يمسَّ فيه على آبائه وأبنائه ، ولايكونان به إن مسَّها فيه مُحصَنَيْن[١].

وقال غيره في الذي يتزوج امرأة ولم يدخل بها حتى تزوج ابنتها فَعَلِمَ بذلك وفسخ نكاح الابنة : أن الابنة لاتحلُّ لآبائه ولالأبنائه لشبهة العقد[٢] .

قال الشيخ : وقول الغير[٣] يدخل في التي تتزوج على أختها أو عمتها أو خالتها وإن دخل بهن ، لأنها تحل له بعد الفسخ إن فارق الأولى[٤] ، وأما لو دخل بالأم ثم تزوج البنت فسخ نكاحه قبل البناء ، فإنه لاتحرم هذه الابنة على آبائه ولالأبنائه في قول ابن القاسم وغيره[٥] .

قال ابن القاسم : وكل مااختلف الناس في إجازته أو رده فالفسخ فيه بطلاق[٦] ، ويقع فيه الطلاق والموارثة قبل الفسخ كالمرأة تُزوج نفسها ، أو تُنكَحُ بغير ولي ، والأمة تتزوج بغير إذن السيد ، لأن هذا قد قال خلق كثير : إن أجازه الولي جاز ، ألا ترى أنه لو زوجت امرأة نفسها فرفعت ذلك إلى قاض يجيز ذلك ، وهو رأي [بعض] [٧] أهل المشرق ، فقضى به وأنفذه حين أجازه الولي ، ثم أتى قاض ممن لايجزيه أكان يفسخه؟ ولو فسخه لأخطأ في قضائه[٨] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ١٨٤/٢،١٨٥ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٢) انظر : المدونة ١٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٣) أي غير ابن القاسم .

(٤) لأن المذكورات يحرمن من جهة الجمع .
وقد ذكر المصنف أن الثانية تحل له بعد الفسخ إن فارق الأولى ، أما إن لم يفارقها فنكاحها صحيح ، ونكاح الثانية باطل ، ويفسخ قبل الدخول وبعده ، دخل بالأولى أو لم يدخل بها .
انظر : التفريع ٦٤/٢ ، المعونة ٨٠٨/٢ .

(٥) لأنه يكون من النكاح المحرم ، فلاتقع به الحرمة كما تقدم ، فإن بنت الزوجة تحرم إذا دخل بأمها ، قال تعالى : ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ سورة النساء : آية ٢٣.

(٦) وهذا هو قول ابن القاسم الثاني .

(٧) من المدونة .

(٨) انظر : المدونة ١٨٢/٢،١٨٣ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

وهكذا كلُّ نكاح اختلف الناس في إجازته أو فسخه إذا رُفع إلى قاض فحكم بإجازته ، ثم رُفع بعد ذلك إلى غيره ، لم يكن له نقضه ، لأن غيره قد حكم به ، وهو مما اختُلِف فيه[١] .

قال ابن القاسم : وكذلك نكاح المحرِم والشغار بعينه أحب مافيه إليَّ أن يفسخ بطلاق[٢] ، ويكون فيه الميراث ، لأنه قد اختُلف فيه[٣] .

قال الشيخ : وتحصيل مايفسخ بطلاق أو بغير طلاق في قول ابن القاسم هو:أن كل نكاح لأحد الوليين أو الزوجين إجازته أو فسخه فلم يَختلف قوله أن الفسخ فيه بطلاق ، وأن كلَّ مانصَّ الله تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام على تحريمه لايختلف فيه ، فالفسخ فيه بغير طلاق ، واختلف قوله فيما اختلف الناس فيه فقال : يفسخ بغير طلاق ، وقال : بل بطلاق[٤] ، وكل مافُسخ بطلاق ففيه الميراث على قوله هذا ، وكل مافسخ بغير طلاق فلاميراث فيه .

[فصل ٣ ــ في تطليق العبد امرأته قبل إجازة السيد نكاحه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا نكح عبد بغير إذن سيده وطلق امرأته قبل أن يجيز السيد نكاحه ، أو أُعتقت أمة تحت عبد فطلقها زوجها قبل أن تختار ، فالطلاق لازم ، كان واحدة أو البتات[٥] ، فإن فسخ السيد نكاح عبده قبل البناء لم يجز للعبد أن يتزوج أمها[٦] ، وكذلك كل مافسخ نكاحه قبل البناء مما اختلف

---

(١) انظر : المدونة ١٨٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٢) خلافاً لقوله المتقدم من أنه يفسخ بغير طلاق . انظر ص٩٠.

(٣) انظر : المدونة ١٥٣/٢، ١٨٥ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ١٨١/٢ .

(٥) أي سواء طلقها طلقة واحدة أو طلقتين ، لأن العبد يملك طلقتين ، وسيأتي تفصيل ذلك في بابه .

(٦) لأنها صارت أم زوجته ، وأم الزوجة تحرم بالعقد على بنتها ، وهي محرمة بنص القرآن ، فقد قال تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ ـ إلى أن قال : ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ﴾ . سورة النساء آية ٢٣ .

الناس فيه ، فإنها لاتحل لأبيه ولالابنه ، لأن كل نكاح اختلف الناس فيه فالحرمة تقع فيه كالحرمة في النكاح الصحيح الذي لااختلاف فيه .

[فصل ٤ ــ في تزويج الغائب بغير أمره]

وقد روي عن مالكٍ في رجل زوّج ابنه البالغ المالك لأمره وهو غائب بغير أمره ، ثم أتى الابن فأنكر ماصنع أبوه ، قال : لاينبغي للأب أن يتزوج تلك المرأة[١] .

قال مالك : وإن زوّج أجنبي غائباً بغير أمره فأجاز إذا بلغه لم يجز هذاالنكاح / وإن رضي إذا طال ذلك ، ولايتزوجها أبوه ولالأجداده ولاولده ولاولد ولده . [٥٦/ب]

قال ابن القاسم : ولاينكح هو أمها ، وينكح ابنتها إن لم يبن بالأم[٢] .

وقال المغيرة وابن الماجشون وابن دينار[٣] : إذا قدم الغائب فلم يرض فلايقع بذلك التحريم ، وروي لمالك[٤] .

قال عبد الملك : وإن أجازه القادم ففسخناه فإن الحرمة تقع به حينئذ[٥] .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : أنه نكاح اختلف في جوازه إن أجازه الزوج ، ولأنه يجوز عندنا إن أجازه بالقرب[٦] ، فوجب أن تقع به الحرمة كالنكاح الذي لأحد الزوجين إجازته أو فسخه .

---

(١) لأنها صارت من حلائل أبنائه ، وهن محرمات بنصّ القرآن ، فقد قال تعالى في آية المحرمات السابقة ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ .
قال ابن الجلاّب : ويحرم على الأب زوجات الابن ، دخل بهن أو لم يدخل بهن مات عنهن أو طلقهن . التفريع ٤٤/٢ .

(٢) انظر : المدونة ١٨٤/٢-١٩٠ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٣) هو محمد بن إبراهيم بن دينار . وقد سبقت ترجمته في الباب الأول ص٧ .

(٤)،(٥) انظر: النوادر والزيادات ل٢٢٤/أ .

(٦) أي إن أجازه الغائب حين بلغه خبر هذا النكاح .
قال ابن المواز : وأحب إلينا في الابن الكبير البائن عنه ألا يفسخ بعد البناء إذا رضي حين بلغه وقاله ابن القاسم .
انظر : المصدر نفسه ل٢٢٤/أ .

ووجه رواية عبد الملك : أنه إنما تقع الحرمة في نكاح اتفق الزوجان على عقده بغير مؤامرة الولي ، وكان للولي الخيار فيه ، أو كان بأمر الولي فوجد أحد الزوجين بالآخر عيباً فوجب له الخيار في فسخه ، فهذا تقع الحرمة فيه لاتفاق الزوجين على عقده ، وأما الغائب فلم يأمر بنكاحه من هذه ولارضيه فلايجب أن تقع الحرمة فيه .

قال الشيخ : وإذ لايشا[١] أحد أن يمنع رجلاً نكاح امرأة أراد نكاحها إلا ذهب إليها ورغّبها في الصداق ، وأنكحها من أبيه أو ابنه بغير أمره فأوقع الحرمة بينهما وهذا من الضرر[٢] .

فصل : ٥ ــ [في حق السيد في التطليق على عبده إن نكح بغير إذنه]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا نكح عبد بغير إذن سيده فللسيد أن يطلق عليه واحدة بائنة أو طلقتين جميع طلاق العبد .

قال الشيخ : لأنه لما نكح بغير إذن السيد صار طلاقه بيد السيد ، فله أن يُبِيْنَهَا منه كما كان ذلك للعبد .

قال مالك : فإن طلق عليه طلقتين ، لاتحل له حتى تنكح زوجاً غيره[٣] .

وقال أكثر الرواة : لايطلق عليه إلا واحدة ، لأن الواحدة تُبِيْنَهَا وتُفَرِغُ له عبده .

قال مالك : وللأمة إذا عتقت تحت العبد أن تختار نفسها بالبتات .

---

(١) أي لايستطيع .

(٢) فيكون الحكم بعدم إيقاع الحرمة بهذا النكاح من باب سد الذرائع ، ومعاملة للعاقد بنقيض قصده ، والله أعلم .

(٣) لأن الطلقتين جميع طلاق العبد .

قال ابن القاسم : وإنما جَعَلَ ذلك لها مالك لأنه ذَكَرَ عن ابن شهاب في زبراء[١] أنها قالت : ففارقْتُه ثلاثاً[٢] ، فبهذا الأثر أخذ مالك ، وكان يقول مرة : لاتختار إلا واحدة بائنة ، وقاله أكثر الرواة[٣].

قال الشيخ : فوجه الأولى : أنها ملكت ماكان يملكه من الفراق ، فلها أن تفارقه بما شاءت كَهُوَ .

ووجه الثانية : أن الواحدة تبينها منه[٤] ، وتملك نفسها بها ، فالزيادة على ذلك ضرر ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : "لاضرر ولاضرار"[٥] فَمُنِعَتْ أن تُضِرَّ به[٦] .

---

(١) وهي مولاة لبني عدي .

(٢) وهو في الموطأ : عن ابن شهاب عن عروة بن الزبير : أن مولاة لبني عدي يقال لها زبراء أخبرته أنها كانت تحت عبد ، وهي أمة يومئذ ، فعتقت ، قالت : فأرسلتْ إلى حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم فدعتني فقالت : إني مُخبرتكِ خبراً ، ولاأحب أن تصنعي شيئاً ، إن أمرك بيدك مالم يمسَّك زوجك ، فإن مسَّك فليس لك من الأمر شيء ، قالت : فقلت : هو الطلاق ، ثم الطلاق ، ثم الطلاق ، ففارقته ثلاثاً .
كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الخيار ٢/٤٤١،٤٤٢ رقم (٢٧) .

(٣) انظر : المدونة ٢/١٨٣ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٤) قال سحنون : فإن طلقت نفسها واحدة أتكون بائنة في قول مالك؟ قال ـ أي ابن القاسم ـ : نعم . المدونة ٢/١٨٣ .

(٥) سبق تخريجه ص٥٤ .

(٦) ووجه الضرر ـ والله أعلم ـ أنه لو عتق وكانت قد اختارت البتات عند فراقها ، فلاتحل له حتى تنكح زوجًا غيره ، بخلاف مالو فارقته بواحدة فيجوز له نكاحها .

[الباب الرابع عشر]
في إنكاح الرجل أم ولده ومكاتبته ومدبرته وأمته وعبده كرها وفي تزويج الأمة والعبد بغير إذن سيده

[فصل ١ ـــ في إكراه الرجل أم ولده ومكاتبته ومدبرته على النكاح]

قال ابن القاسم : وكره مالك أن يزوج الرجل أم ولده .

قال ابن القاسم : فإن فعل لم يفسخ[١] .

قال ابن حبيب : اختلف قول مالك في جواز إكراهه إياها على النكاح ، فأجازه مرةً إذا زوَّجها ممن يشبهها ، ثم رجع فقال : لايزوجها إلا برضاها ، وكان أحب إليه أن لايزوجها أصلاً على وجه التنزُّه[٢] .

قال ابن المواز : له أن يُكرِهَ أم ولده ومكاتبته ومدبَّرته على النكاح[٣] .

وقال في كتاب المكاتب : ولايزوج مكاتبته إلا برضاها[٤] .

[فصل ٢ ـــ في إكراه الرجل عبده وأمته على النكاح]

ومن المدونة : قال مالك :وله أن يُكرِه عبده أو أمته على النكاح[٥] .

قال في كتاب ابن المواز : وليس له أن يضر به / فيزوجه مالاخير فيه[٦] . [٥٧/أ]

---

(١) انظر : المصدر نفسه ١٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٢ .

(٢) إلا أن يخاف عليها .
انظر : النوادر والزيادات ل٢١٩/أ .

(٣) والذي في النوادر : وله أن يُنكح ، دون ذكر للإكراه .

(٤) المصدر نفسه ل٢١٨/ب ، ٢١٩/أ .

(٥) انظر : المدونة ١٧٤/٢ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٨/ب وهو من قول مالك .

قال عبد الوهاب : وقال الشافعي : ليس له أن يُكرِهَ العبد[١] .

ودليلنا : قوله تعالى : ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾[٢] ولم يشترط رضاهم ، ولأنه عقد على منفعة كالإجارة ، ونقيس العبد على الأمة[٣] .

ابن المواز : قال مالك في العبد نصفه حر : لايزوجه سيده إلا برضاه ، ولايتزوج هو إلا برضى سيده ، وكذلك الأمة نصفها حر لايتم نكاحها إلا برضاها.

[فصل ٣ ــ في تزويج السيد معتقته إلى أجل]

واختلف قوله في المعتقة إلى أجل فقال : يزوجها بغير رضاها ، وقال : لايزوجها إلا برضاها .

قال أشهب : له أن يزوجها كما له أن ينتزع مالها[٤] ، وكذلك روى ابن القاسم عن مالك .

قال ابن المواز : مَنْ له انتزاع مالها فله إكراهها[٥] ما لم يطلب بذلك ضررها[٦] .

قال الشيخ : يريد : فإذا قرب أجل عتقها لم يكن له أن يزوجها كُرْهَاً كما ليس له أن ينتزع مالها[٧] .

---

(١) انظر : الأم ٥/٦٦ ، التنبيه ص١٥٧ .

(٢) سورة النور : آية ٣٢ .

(٣) أي في أن السيد يملك إجباره على النكاح كأمته بجامع ثبوت الرق فيهما .
انظر : المعونة ٧٤١/٢ .

(٤) وله أن يسافر بها بخلاف المعتق بعضه .

(٥) أي على النكاح .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٨/ب .

(٧) لأن ذلك من الإضرار بها .

وكذلك في العتبية عن ابن القاسم قال فيها في الموصى بعتقها إلىأجل وهي تخدم الورثة : فليس لهم إكراهها على النكاح ولكن برضاها ، ولالهم انتزاع مالها قرب الأجل أو بعد .

وقاله سحنون ، ولأنها به قوّمت في الثلث[١] .

فصل [٤ ـــ في تزويج السيد عبده على أن الطلاق بيد السيد]

ومن الواضحة : قال ابن الماجشون : ولايجوز أن يزوج عبده على أن الطلاق بيد سيده ويفسخ،وإن بنى بها مضى ويبطل الشرط[٢] .

فصل [٥ ـــ في زواج العبد والأمة بغير إذن السيد]

ومن المدونة : قال مالك : ولايتزوج عبد أو أمة بغير إذن سيده[٣] .

قال الشيخ : لقوله تعالى في آخر الآية بعقب ذكر الإماء : ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[٤] ، وقال صلى الله عليه وسلم : "أيُّما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر"[٥] وهذا أبلغ شيء في الحظر عليه ، رواه عبد الوهاب[٦] .

---

(١) فصار ذلك كعضو منها ، انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٨/٥،٣٩ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٩/ب .

(٣) انظر : المدونة ١٨٨/٢ .

(٤) سورة النساء : آية ٢٥ .
قال ابن العربي : قوله تعالى : ﴿بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ دليل على أن المملوكة لاتُنكح إلا بإذن أهلها ، وكذلك العبد لاينكح إلابإذن أهله وسيده . أحكام القرآن ٤٠٠/١ .

(٥) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في نكاح العبد بغير إذن سيده ٥٦٣/٢ رقم (٢٠٧٨) والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في نكاح العبد بغير إذن سيده ٤١٩/٣ رقم (١١١١، ١١١٢) وقال : حسن صحيح ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب تزويج العبد بغير إذن سيده ٦٣٠/١ رقم (١٩٥٩) بلفظ "إذا تزوج" ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢١١/٢ رقم (٢٧٨٧) وقال : صحيح الإسناد ، ووافقه الذهبي .

(٦) انظر : المعونة ٧٤٠/٢ .

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج أمة رجلٍ بغير إذنه لم يجز النكاح وإن أجازه السيد ، ويفسخ وإن ولدت الأولاد .

قال ابن القاسم : ولو أعتقها السيد قبل علمه بالنكاح لم يكن بُدٌّ من فسخه.

قال مالك : وإذا فرِّق بينهما بعد البناء فلاينكحها الزوج إلا بعد العدة من مائه الفاسد[١] ، وإن كان نسبُ مافي بطنها يثبت منه .

قال ابن القاسم : وكذلك إن اشتراها الزوج في تلك العدة فلايطؤها حتى تنقضي عدتها لفساد مائه .

قال مالك : وكل وطءٍ كان فاسداً يُلحق فيه الولد ففرق بين الزوج والمرأة فلايتزوجها حتى تنقضي عدتها .

ولو باع الأمة رجل ، أو باعت هي نفسها بغير إذن السيد فأجازه السيد جاز ، فإن قال المشتري : لاأقبل البيع ، فلاكلام له ، والبيع له لازم[٢] .

قال عبد الوهاب : تزويج الأمة بغير إذن السيد على وجهين : فإن باشرت العقد على نفسها لم يجز وإن أجازه السيد ، فالنكاح فاسد ، ولايلتفت إلى إجازة السيد ، لأن فساده في العقد لحقِّ الله تعالى ، وإن ردت أمرها إلى رجل فعقد عليها فروايتان :

إحداهما : أنه كعقدها على نفسها[٣] ، لأن السيد يزوج بالملك ، وغيره يزوج بالولاية وذلك غير متفق .

ـ **قال الشيخ** : وهذا مذهب المدونة[٤] ـ .

والأخرى : أنه يجوز بإجازة السيد كما لو أذن لهذا العاقد لجاز عقده ، وكإذنه لعبده أن يعقد على نفسه ، فوقوعه بغير إذنه موقوف على الإجازة والرد[٥].

---

(١) لأنه وطئها في نكاح فاسد لعدم إذن السيد به .

(٢) انظر : المدونة ٢/١٨٦،١٨٧ ، تهذيب المدونة ص٨٢،٨٣ .

(٣) أي في أن النكاح فاسد .

(٤) انظر : المدونة ٢/١٨٦،١٨٧ .

(٥) انظر : المعونة ٢/٧٤٣ .

قال ابن المواز : ومن اشترى جارية / من رجل وهو يعلم أنها ليست له [٥٧/ب] فوطئها فهو زان ، وعليه الحد ، وولده رقيق لسيد أمهم ، بخلاف أن لو زوجته الأمة نفسها وأخبرته أنها حرة وهو يعلم أنها كاذبة فيطؤها بعد العلم ، فلايكون على هذا حدّ ، ويلحق به نسب ولده ، وهم وأمهم رقيق لسيدها ، ويفسخ نكاحها ، لأنه تزوجها بغير إذن السيد ، وجعلتُ الولد رقيقاً ، لأنه تزوجها وهو عالم أنها أمة ، وهذا إذا أشهد على إقراره قبل تزويجه إياها فلا ، لأنه يتهم أن يُرِقَّ بذلك ولده ، ويدفع عن نفسه غرم النفقة فيهم ، فلايصدق ، ويكونون أحراراً وتلزمه قيمتهم .

قال أشهب : وإن كان عديماً أُتْبِعَ بقيمتهم ديناً ، ولاقيمة عليه فيمن مات منهم قبل ذلك ولاعلى الولد الموسر قيمة نفسه وإن كان الأب عديماً .

[فصل ٦ ـــ في تزويج الأمة أو العبد بين السيدين]

ومن المدونة : قال : ولاتنكح أمة ولاعبد بين رجلين إلا بإذنهما ، فإن عقد للأمة أحد الشريكين بصداق مسمًّى لم يجز وإن أجازه الآخر ، ويفسخ وإن دخلت، ويكون بين السيدين الصداق المسمى إن دخلت ، فإن نقص عن صداق المثل تم للغائب نصف صداق المثل إن لم يرض بنصف التسمية[١] .

[قال الشيخ] ـ يريد إن أخبر العاقد الزوج أنه إنما يملك نصفها ، فأما إن غره فقال : هي حرة ، أو قال : هي لي وحدي ، فهاهنا يرجع الزوج على العاقد بكل ماغرمه للشريك الغائب ، ويرجع على العاقد أيضاً بما دفع إليه إلا نصف ربع دينار[٢] .

---

(١) انظر : المدونة ١٨٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .
ويكمل للسيد الغائب نصف الصداق المسمى حتى يبلغ نصف صداق مثلها ، لأن ذلك حقه ، وقد تسبب شريكه بنقصه عنه حيث زوج الأمة بأقل من صداق مثلها .

(٢) لأن ربع دينار هو أقل مايسمى من الصداق كما سيأتي في كتاب النكاح الثاني ، والمزوجة هنا أمة مشتركة فيستحق السيد العاقد ثمن دينار .

قال ابن حبيب : وإذا نكح عبد بإذن أحد سيديه فللآخر أن يفسخ نكاحه ، ويأخذ من المرأة جميع ماأصدقها ، فيكون ذلك بيد العبد مع ماله إلا أن يجتمعا على قسمه ، ولايترك لها منه ثلاثة دراهم [ولاحجة لها] (١) إذا كانت تعلم أن الآذن فيه شريك ، فإن اقتسما الصداق أو ماله فلها أن تأخذ من الآذن حصته من الصداق ، ولو غرّها الآذن و لم يعلمها ردت إلى العبد جميع ماأصدقها ورجعت هي بمثله على الآذن ، وإن استهلكته اتبعها الذي لم يأذن بجميعه واتبعت هي الآذن بمثله ، ولها اتباع ذمة العبد بجميع ماأخذ منها إلا أن يسقط عنه الذي لم يأذن فيسقط كله ، لأن الذمة لاتنقسم(٢) .

قال الشيخ : قول ابن حبيب كله موافق لأصله في المدونة إلا قوله : ويأخذ من المرأة جميع ماأصدقها ، ولايترك لها ثلاثة دراهم إذا كانت تعلم أن الآذن فيه شريك فهذا خلاف للمدونة ، ففي المدونة بعد هذا : أنه يترك لها ربع دينار(٣) .

قال الشيخ : وهو صواب ، لئلا يعرى البضع من صداق .

[فصل ٧ ـــ في إجازة السيد نكاح عبده]

ومن المدونة : قال مالك : ولو نكح العبد بغير إذن سيده فأجاز نكاحه جاز.

ابن القاسم : وهو في هذا بخلاف الأمة ، لأن العبد يعقد نكاح نفسه بإذن سيده وهو رجل(٤) ، ولايجوز للأمة أن تعقد نكاح نفسها ، فإن فعلت لم يجز وإن أجازه السيد(٥) .

---

(١) من النوادر .
(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٩/ب .
(٣) انظر : المدونة ٢٠١/٢ .
(٤) في المدونة زيادة : والعاقد في امرأته ولي .
(٥) انظر : المصدر نفسه ١٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

قال عبد الوهاب : وقال أبو الفرج[1] : القياس أن لايصح نكاح العبد بوجه[2] كالأمة ، وهو قول الشافعي[3] ، ودليلنا : أن العقد لايمتنع أن يقع على الفسخ كنكاح العنّين ، والخصي ، والحرة للعبد ، وغير ذلك ، فإذا ثبت هذا فإن أجازه السيد جاز[4] .

قال : وإن طلق فيما أجازه السيد فله أن يرتجع وإن كره السيد ، لأن الرجعة من حقوق النكاح[5] .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا نكح العبد بغير إذن سيده فقال السيد : لاأجيز ، ثم قال : قد أجزت ، فإن أراد بأول قوليه فسخاً تم الفسخ ولم يجز النكاح وإن أجازه السيد إلا بنكاح مستقبل[6] ، وإن أراد أنه لم / يرض ثم كُلِّمَ فأجازه [٥٨/أ] فذلك جائز إذا كان ذلك قريباً[7] .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ويصدَّق السيد إن لم يرد عزم الفراق في المجلس مالم يَقُم ، وإن شك السيد على أي وجه خرج [ذلك][8] منه[9] فهو فراق

---

(١) هو القاضي أبو الفرج عمر بن محمد الليثي البغدادي ، الإمام الفقيه الحافظ ، تفقه بالقاضي إسماعيل ، ألف كتاب الحاوي في مذهب مالك ، وكتاب اللُّمع في أصول الفقه ، توفي سنة ٣٣١هـ .

انظر : الديباج ١٢٧/٢ ، شجرة النور ص٧٩ .

(٢) أي وإن أجازه السيد .

(٣) انظر : الأم ٦٧/٥،٦٨ ، مختصر المزني على الأم ، تأليف إسماعيل بن يحيى المزني ، تعليق محمود مطرجي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ) مطبوع في الجزء التاسع من الأم ١٨١/٩ .

(٤) لأنه قطع حقه من الفسخ ، وإن رده فسخ كما لو عقد على نفسه عقد إجارة .

انظر : المعونة ٧٤٢/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٧٤٢/٢،٧٤٣ .

(٦) لأن ماتقدم بطلانه لايصح .

(٧) انظر : المدونة ١٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٨) من النوادر .

(٩) أي شك في قصده بقوله : لاأجيز ، أهو إرادة الفسخ ، أو عدم الرضى بنكاحه دون قصد الفسخ .

واقع[١] .

قال مالك : وأما البيع فبخلاف ذلك إذا قال فيما بيع عليه : قد رضيت ، فقد تم للمشتري[٢] [٣] .

[فصل ٨ ـــ فيمن أعتق عبده أو باعه قبل علمه بنكاحه]

قال ابن القاسم : وإن أعتقه السيد قبل علمه بنكاحه جاز نكاحه ،ولم يكن للسيد رده ، فإن باعه السيد قبل علمه بنكاحه لم يكن للمبتاع فسخه ، وله أن يرضى بالعبد أو يرده ، فإن رده كان للبائع إذا رجع إليه أن يفسخ نكاحه أو يجيز[٤].

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : ولو علم المشتري بنكاحه فأقره ورضي به ثم اطلع على عيب قديم ، إنه إذا رده بالعيب القديم رد معه مانقصه النكاح ، لأنه لما رضي به فأقره صار كأنه عيب حدث عنده ، وإذ لايستطيع البائع إن رد عليه بالعيب فسخ نكاحه فوجب لذلك ألا يرده إلا بما نقصه ، ونحوه لأبي عمران ، وهو بين[٥] .

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن[٦] : يُخرَّج ذلك على القولين في الرد بالعيب[٧]

---

(١) ولايُلتفت إلى شك السيد ، لأن النكاح لايحكم ببقائه على أمر مشكوك فيه .

(٢) أي البيع ، ولايُنظر إلى شك المالك في قصده بالرضا لما علم ببيع سلعته .

(٣) النوادر والزيادات ل٢١٩/أ،ب .

(٤) انظر : المدونة ١٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل١٠/ب .

(٦) هو أبو بكر أحمد بن عبد الرحمن بن عبد الله الخولاني ، من أهل القيروان ، شيخ فقهائها في وقته مع أبي عمران الفاسي ، كان فقيهاً حافظاً ديِّناً ، تفقه بابن أبي زيد القيرواني ، وأبي الحسن القابسي ، توفي سنة ٤٣٢هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٧٠٠/٢ ، معالم الإيمان ١٦٥/٣ ، الديباج ١٧٧/١ ، شجرة النور ص١٠٧ .

(٧) أي هل هو نقض بيع أو كبيع مبتدأ .

فمن رأى أنه نَقْضٌ بيع فليس على المشتري مانقصه ، لأنه إذا رده يرجع الخيار للبائع في فسخ النكاح أو إجازته ، ولايُلتفت إلى ماتقدم من رضى المشتري به ، لأن البيع قد انتقض[1].

قال الشيخ : فإن قيل : يلزم على هذا القول أن لو زوجه المشتري ، ثم رده بعيبٍ أن يفسخ البائع نكاحه لانتقاض شراء المشتري .

قيل : هذا لايلزم ، لأن الأول نكاح عقده العبد على نفسه ، وكان للبائع نقضه أو إجازته ، فإذا انتقض بيعه بقي على خياره كما لو لم يعلم بيعه ، وهذا عقد نكاحه مالكه ، ولم يكن لأحد بعد عقده نقضه ، فوجب ألا ينقضه البائع كما لاينقض عتقه .

ولو أعتقه المشتري ولم يعلم بنكاحه فأراد الرجوع على البائع بقيمة عيب النكاح فذكرٍ عن أبي عمران أنه قال : ليس له ذلك لحجة البائع أن لو[2] لم يعتقه المشتري ثم ردّه عليه بعيب النكاح لكان للبائع نقض نكاحه ، فلما أفاته المشتري بالعتق لم يكن له الرجوع عليه بقيمة عيب لو رجع إليه أمكنه زواله[3] .

ولو مات السيد قبل علمه بنكاحه كان لورثته من الخيار في ردّ نكاحه أو إجازته مثل ماكان للسيد[4] ، وقد قال مالك فيمن حلف ليقضينّ غريمه حقه إلى أجل كذا إلا أن يشاء[5] أن يؤخّره فيموت الذي له الحق ؛ فإنه يجزئه تأخيرورثته كما كان لصاحبهم[6] .

---

(١) فرِضَاه لم يقع في موضعه . انظر : المصدر نفسه ل١٠/ب .

(٢) "لو" ليست في أ .

(٣) بخلاف العيب الذي يعلم به البائع ولايقدر على زواله كالعَوَرِ ونحوه .
انظر : المصدر نفسه ل١٠/ب، ١١/أ .

(٤) لأن من ترك حقاً فهو لورثته من بعده .

(٥) أي الذي له الحق .

(٦) انظر : المدونة ١٨٨/٢، ١٨٩ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

[الباب الخامس عشر]
في إنكاح الأخ أخته بغير إذن أبيه ونكاح الصغير والسفيه بغير إذن وليه والوكالة على النكاح وقبض الصداق

[فصل ١ ـ في إنكاح الأخ أخته بغير إذن أبيه]

قال مالك : ومن زوج أخته البكر بغير أمر الأب لم يجز وإن أجازه الأب ، إلا أن يكون ابناً قد فوّض إليه الأب[١] جميع شأنه ، فقام بأمره فيجوز بإجازة الأب وكذلك في أمة الأب[٢][٣] .

قال ابن القاسم : وكذلك الأخ[٤] والجد[٥] يقيمه هذا المقام[٦] .

قال ابن حبيب : وكذلك سائر الأولياء إذا أقامهم الأب هذا المقام .

قال ابن المواز : والحجة في هذا حديث عائشة رضي الله عنها حين زوّجت بنت أخيها عبد الرحمن ، فكُلِّم في ذلك فرضي[٧] .

قال مالك : وإنما كان ذلك لمثل / عائشة رضي الله عنها لمكانها من رسول الله صلى الله عليه وسلم[٨] . [٥٨/ب]

قال ابن المواز : وإنما لم يجز نكاح الابن غير المفوَّض إليه وإن أجازه الأب

---

(١) "الأب" ليست في أ ، ب .
(٢) "وكذلك في أمة الأب" ليست في ز .
(٣) أي فيزوجها كما يزوج أخته بإجازة أبيه . انظر : المدونة ١٨٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣.
(٤) أي أخ الأب إن كان هو الناظر لأخيه المدبِّر لماله القائم له في أمره .
(٥) أي جد المرأة من أبيها إن زوجها على وجه النظر لها .
(٦) انظر : المدونة ١٨٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .
(٧) سبق تخريجه ص٨٢ .
(٨) ثم قال مالك : وقد وكَّلت عائشة رجلاً على العقد . انظر : النوادر والزيادات ل٢١٦/ب . وقد تقدم ذلك ص٨٢ .

ولافي إجازة السيد تزويج أمته ، لأنه لاولي[١] لهما غيرهما ولاشركة لهما معهما في أنفسهما ولامشورة ، فهما بخلاف من لها[٢] المشورة مع الأولياء ، تولي أمرها غير الولي فلايجوز ، إلا أن يجيزه الولي ، فإن لم يجزه فرّق بينهما بطلقة[٣] .

قال مالك : إلا أن يطول مكثه معها ، وتلد الأولاد ، فلاأرى أن يفسخ[٤] .

فصل [٢ ـ في نكاح الصغير بغير إذن وليه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا تزوج صبي صغير بغير إذن أبيه أو وصيه ، ومثله يقوى على الجماع ، فإن أجازه من يلي عليه جاز ، كبيعه وشرائه بغير إذنه يجيزه على وجه النظر له ، وإن أراد فسخه فسخه ، وإن فسخه قبل البناء أو بعده فلاصداق لها .

وكذلك رأى مالك فيمن بعث يتيماً في طلب آبق فأخذه[٥] فباعه وأتلف الثمن ، أن لربّ العبد أخذه ، ولاشيئ على اليتيم من المال الذي أتلف ، ولايُتّبع به ديناً ، بخلاف ماأفسد أو كسر[٦] .

قال ابن المواز : وكما لو اشترى شيئاً فأكله أو أتلفه لنزع من البائع الثمن كله ، ولم يتبع الصغير بشيئ .

قيل : فإن تزوج الصغير واشترط عليه شروطاً فأجاز ذلك وليه ، أو زوجه أبوه أو وليه بشروط فيها طلاق أو عتاق أو تمليك .

قال ابن المواز : لايجوز من ذلك كله شيئ إلا أن يكبر ويلزمها نفسه ، ويرضى بعد أن يبلغ .

---

(١) "لا" ليست في ز .
(٢) في ز "لهما" .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٦/ب .
(٤) انظر : المدونة ١٧١/٢ .
(٥) "فأخذه" ليست في أ ، ب .
(٦) انظر : المصدر نفسه ١٨٩/٢، ١٩٠ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .
وصار الصغير ضامناً لما أتلف بالكسر ونحوه لظهور التعدي فيه .

قال ابن القاسم : وإن كَبِرَ وعَلِمَ بالشرط قبل الدخول فدخل عليه لزمه ، وإن علم به فلم يرضه قيل له : إما أن ترضى وإما أن تطلق ويكون عليك نصف الصداق .

ابن المواز : هذا قوله[١] في كتابه في السماع ، وفي كتابه في المجالس : إذا بلغ وعلم قبل الدخول ، فإن شاء دخل وإن شاء فسخ ولاشيء عليه من الصداق ولاعلى أبيه إن كان يوم زوَّجه لامال له .

ابن المواز : وهذا أحب إلينا[٢] إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشرط فيثبت النكاح على ماأحب الزوج أو كره[٣] ، وسقط عنه الشرط كان تمليكاً أو غيره ، لأنه لم يكن يلزمه قط ، وهو بمنزلة الرسول يزيد على ماأمره أن يزوجه به ، أو يشترط عليه غير ماأمره به فيعلم بذلك قبل البناء ، فإن رضي بذلك تم النكاح ، وإن كره لم يلزمه شيء ، وفسخ النكاح ، إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشرط[٤] .

قال ابن المواز : وإذا لم يرد نكاح الصبيّ حتى كَبِرَ وخرج من الولاية جاز النكاح[٥] .

فصل [٣ ــ في نكاح السفيه بغير إذن وليه]

قال ابن حبيب : والسفيه[٦] كالصغير يجوز عليه إنكاح أبيه إياه[٧] وإن كَرِه.
وقال ابن الماجشون : لايزوجه من يلي عليه إلا برضاه[٨] .

---

(١) أي قول ابن القاسم .
(٢) أي قوله الثاني .
(٣) ويُحكم بثبوت النكاح ، لأن سبب الفسخ وهو الشرط قد زال بإسقاط المرأة له .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢١/أ .
(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٩/أ .
(٦) أي السفيه الكبير .
(٧) "إياه" ليست في ز .
(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٠/أ .

قال الشيخ : ورواية ابن حبيب عن ابن الماجشون موافقة لظاهر المدونة ، وذلك أنه قال في كتاب الخلع[١] : إذا زوَّج الوصيُّ يتيمه وهو بالغ سفيه بأمره ، أو زوج السيد عبده بغير أمره ، فذلك جائز عليه[٢] .

فشرطه في السفيه دون العبد بأمره دليل على[٣] أنه لايكرهه ، وهو الصواب إذ لايؤمن منه أن يطلِّق إذا أجبره على النكاح ، فيؤدي ذلك إلى إتلاف ماله[٤] .

ووجه قول ابن حبيب[٥] : أن الولاية ثابتة له عليه في المال والبيع والشراء ، فله أن ينكحه اعتباراً بالصغير[٦] .

قال ابن حبيب : وإذا زوج السفيه ـ / بغير إذن وليه فلوليه إجازته أو رده ، فإن رده بعد البناء رد إليه جميع ماكان أصدقها إلا قدر ماكان يستحل به مثلها[٧] ولم يحدُّه[٨] مالك . [٥٩/أ]

وقال ابن القاسم : يجتهد في ذلك السلطان فيترك للدنيَّة ربع دينار ، ولذات القدْر أكثر من ذلك بما يراه .

وقال ابن الماجشون : ولايترك لها شيء ، لاربع دينار ولاغيره وإن كان لها قدر[٩] .

قال ابن حبيب : وهذا القياس ، وقول مالك استحسان[١٠] .

---

(١) أي قال ابن القاسم في كتاب الخلع من المدونة .

(٢) انظر : المدونة ٣٤٩/٢ .

(٣) "على" ليست في ز .

(٤) أي بدفع مالزمه من الصداق .

(٥) أي في أن السفيه يزوجه وليه بغير إذنه .

(٦) فكل واحد منهما مولى عليه .

(٧) وهو ربع دينار سواء كانت دنيَّة أو غير دنيَّة .

(٨) في أ ، ب "ولم يجزه" ، وهو تحريف .

(٩) "وإن كان لها قدر" ليست في ز .

(١٠) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٠/أ .

قال الشيخ : الجاري على أصل المدونة أن يترك لها ربع دينار كانت دنيَّة أو جيدة ، وهو قدر مايستحل به فرجها كالعبد يتزوج بغير إذن السيد[١] ، وهو الصواب إن شاء الله[٢] .

قال ابن حبيب : وإن لم يعلم بتزويجه حتى مات أحدهما ، فإن مات هو فلاميراث لها منه ولاصداق ،وإن ماتت هي فالنظر لوليه ، فإن أجازه ودى الصداق وأخذ الميراث ، وإن فسخه لم يرثها[٣] .

قال الشيخ : وذكر أصبغ عن ابن القاسم أنهما يتوارثان ويمضي الصداق ، لأن النظر فيه قد فات[٤] بالموت[٥] .

وذكر ابن المواز عنه خلاف هذا ، قال : قال أصبغ : إن مات هو لم ترثه ، وردت كل ماأعطاها إلا ربع دينار إن أصابها ، وكذلك في حياته إن فسخه[٦] .

قال ابن القاسم : هذا في الدنية[٧] ، ويجتهد في الزيادة لذات القدر .

قال أصبغ : بما يرى مما لايبلغه صداق مثلها .

قال ابن المواز : ورواية ابن وهب عن مالك في السفيه : لايترك لها إلا ربع دينار[٨] .

قال الشيخ : فصار في فسخه[٩] ثلاثة أقوال ، قول لايترك لها شيء ، وقول يترك لها ربع دينار ، وقول فرَّق بين الدنيَّة وغيرها .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٠١ .
(٢) أي قول مالك .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٠/أ .
(٤) في ز زيادة "فيه" .
(٥) انظر : المصدر نفسه ل٢٢٠/أ .
(٦) كما تقدم قريباً من قول مالك .
(٧) أي ترك ربع دينار .
(٨) انظر : المصدر نفسه ل٢٢٠/أ،ب .
(٩) أي في فسخ الولي نكاح السفيه بعد البناء .

قال ابن المواز : ولو كان غير بالغ لم يترك لها شيئاً .
قال : وإن لم يُرَدْ نكاح الصبي حتى بلغ ، وخرج من الولاية جاز النكاح[١].

فصل [٤ ـــ في تزويج بنات السفيه وإمائه وأخواته]

ومن كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم : ولايزوج المُوْلِيُ عليه ابنته إلا بإذن وليه ، إلا أن يكون سفيهاً ضعيفاً فلايكون له سخط ولارضى ، وبناته كمن لاأب لهن .

قال ابن وهب : والولي أولى بإنكاح بناته وإمائه[٢] ، ولاأمر له مع وليه فيهن ويستحب له أن يحضر النكاح ، فإن لم يحضره لم يضره .

قال : وإن زوج هذا السفيه منهن أحداً بغير أمر الولي كان للولي إجازته أو رده .

قال : وإن لم يكن له وليٌّ فأنكح بناته جاز إذا كان ذلك صواباً .

قال أصبغ : كله صواب جيد .

قال ابن المواز : إلا قوله : إذا لم يكن له ولي ، فهو[٣] والأول سواء[٤] ، لابد من نظر السلطان فيه كنظر الولي ، فيجيز أو يرد على حسن النظر[٥] .

ومن العتبية : قال أصبغ : قيل لأشهب : السفيه يزوج أخته؟ قال : نعم ، وحسبته قال : إن كان ذا رأي ولامَوَليَّ عليه فذلك جائز وإن كان سفيهاً[٦] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٩/أ .
(٢) أي بنات السفيه وإمائه .
(٣) "فهو" ليست في أ .
(٤) أي في الحكم ، ففي كلا الحالين لابد من النظر ، ففي الأول ينظر الولي ، وفي الثاني ينظر السلطان ، لأنه ولي من لاولي له .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٠/ب .
(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٠٦/٥ ، النوادر والزيادات ل٢٢٠/ب .

فصل [٥ ـــ في الوكالة على النكاح وقبض الصداق]

ومن المدونة : قال[١] : وإذا وكَّلت المرأة ولياً يزوجها من رجل ، فقال لها الوكيل : قد زوجتك من فلان ، فأقرت أنها أمرته وقالت : لم تزوجني ، فلاقول لها ، والنكاح يلزمها إن ادعاه الزوج . وكذلك الوكيل على بيع سلعة[٢] .

وإن وكلته المرأة على العقد وقبض الصداق فقبضه ثم ادعى تلفه ، كان كدين لها وكَّلته على قبضه فقبضه ثم ادعى تلفه ، فصدقته في الوكالة وكذبته في القبض .

فإن أقام الزوج أو الغريم بينة أنه دفع ذلك إلى الوكيل / صُدِّق الوكيل على التلف ، وإن لم يقيما بينة بالدفع ضَمِنَا[٣] ، ثم لاشيئ لهما على الوكيل ، لأنهما صدَّقاه على الوكالة . [٥٩/ب]

وأما الوكيل على بيع سلعةٍ يقول : قبضت الثمن وضاع مني ، فهو مصدق ، لأن وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر بذلك ، وليس للمبتاع أن يأبى عليه[٤] ، والوكيل على عقد النكاح ليس له قبض الصداق إلا بتوكيل عليه خاصة ، ولايلزم الزوج دفع ذلك إليه ، فإن فعل ذلك ضمن[٥] [٦] .

قال الشيخ : وإنما كان وكيل البيع له قبض الثمن وإن لم يؤمر به وليس للمبتاع أن يأبى ذلك عليه[٧] ، لأن وكيل البيع يُسلِّم ماباع إلى المبتاع ، فعلى المبتاع تسليم الثمن إليه كما يتسلَّم السلعة منه ، ووكيل النكاح لايسلِّم البُضْعَ إلى الزوج ، فلايلزم الزوج تسليم الصداق إليه .

---

(١) أي ابن القاسم ، وفي أ "قال مالك" .
(٢) أي القول قول الوكيل ، ويلزم الآمر البيع لأنه قد أقر بالوكالة .
(٣) لأن الأصل عدم الدفع .
(٤) "عليه" ليست في ز .
(٥) "فإن فعل ذلك ضمن" ليست في ز .
(٦) انظر : المدونة ٢/١٩٠-١٩٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .
(٧) "عليه" ليست في أ .

ولو أن وكيل البيع إنما وُكِّل على عقد البيع خاصة وتسليم السلعة على ربِّها لم يلزم المبتاع تسليم الثمن إلى الوكيل إلا بتوكيل عليه ، ويكون كوكيل النكاح[١].

قال الشيخ : فالعلة في ذلك أن مَنْ سلَّم السلعة له أن يتسلَّم ثمنها كما سلَّمها ، ألا ترى أن البائع إذا سلَّم ماباع ، له انتقاد جميع[٢] ثمنه وإن لم يشترط نقده .

والمُكْرِي داره أو عبده أو نفسه مدة لايلزم المكتري نقد جميع الكراء إذا لم يكن عُرْف ولاشرط ، لأنه لم يتسلَّم جميع مااكترى[٣] ، فإنما يلزمه أن ينقد كراء ماقبض[٤] . وبالله التوفيق .

---

(١) لأن وكيل النكاح لايقبض الصداق إلا بتوكيل عليه خاصة .

(٢) "جميع" ليست في ز .

(٣) بخلاف المشتري فإنه تسلَّم السلعة من بائعها .

(٤) أي من منفعة العين المكتراة .

[الباب السادس عشر]
فيمن نكح بغير بينة ، أو سرا
أو نكح بغير صداق

[فصل ١ ــ في إعلان النكاح]

ونهى الرسول عليه الصلاة والسلام عن النكاح بغير بينةٍ أو بغير صداق[١] ، ونهى عن نكاح السر[٢] ، وأمر بإعلان النكاح[٣] .

ومرّ عليه الصلاة والسلام هو[٤] وأصحابه ببني زُرَيْق فسمعوا غناءً ولهواً ولعباً فقال : ماهذا؟ قالوا : نكح فلان يارسول الله ، فقال : "كَمُلَ دينه ،هذا النكاح لاالسفاح ،ولانكاح السر حتى يُسمع دُفٌ ، أو يُرى دُخَانٌ"[٥] .

---

(١) سبق تخريجه ص ٤٣ .

(٢) أخرجه أحمد ٩٦/٤ رقم (١٦٧١٧) ، والبيهقي ، كتاب الصداق ، باب مايستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف ٤٧٣/٧ ، رقم (١٤٧٠٠) بلفظ "كان يكره نكاح السر حتى يضرب بدف" ، وفيه الحسين بن عبد الله بن ضمرة ضعيف ، انظر : تعجيل المنفعة بزوائد رجال الأئمة الأربعة ، تأليف الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني ، تحقيق عبد الله هاشم يماني المدني (القاهرة : دار المحاسن للطباعة ، ط/بدون ، ١٣٨٦هـ) ص٦٧ رقم (٢٠٩)

(٣) أي بقوله عليه الصلاة والسلام "أعلنوا النكاح" .

أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في إعلان النكاح ٣٩٨/٣ رقم (١٠٨٩) ، وابن حبان ، كتاب النكاح ، ذكر وصف تزويج المصطفىصلى الله عليه وسلم أم سلمة ١٤٧/٦ رقم (٤٠٥٣) ، والبيهقي ، كتاب الصداق ، باب مايستحب من إظهار النكاح ٤٧٠/٧ رقم (١٤٦٨٦) ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢٠٠/٢ رقم (٢٧٤٨) ، والحديث حسنه الترمذي ، وصححه ابن حبان ، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي .

(٤) "هو" ليست في ز .

(٥) أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب مايستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف ٤٧٣/٧ رقم (١٤٧٠٠) وقال : فيه الحسين بن عبد الله بن ضمرة ضعيف ، كما تقدم قريباً .

وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه : لايجوز نكاح السر حتى يُعلن به ويُشهد عليه[١] .

قال ابن وهب[٢] : وإن عمر بن عبد العزيز رحمه الله كتب إلى أيوب بن شرحبيل أن مُرْ مَنْ قِبَلَكَ أن يظهروا عند النكاح الدُّفُوف[٣] ، فإنها تفرّق بين النكاح والسفاح ، وامنع الذين يضربون بالبرابط[٤] [٥] .

قال سحنون : والبرابط : الأعواد[٦] .

ومن كتاب محمد وابن حبيب : روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "أظهروا النكاح واضربوا عليه بالغِرْبَال"[٧] [٨] يعني : الدفّ المدوّر ، وقال غيره : وهو مغشيٌّ من جهة واحدة .

قال ابن المواز : قال مالك : لابأس بالدفّ والكَبَرَ[٩] .

---

(١) المدونة ١٩٤/٢ .

(٢) في جميع النسخ "قال سحنون" .

(٣) جمع دُفٍّ بضم الدال ، وهو الذي تضرب به النساء لإعلان النكاح ، انظر : اللسان ، مادة (دَفَفَ) .

(٤) البَرابِط : واحدها بَرْبَط ، وهو عود الغناء . شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٨٤ .

(٥)،(٦) المدونة ١٩٤/٢،١٩٥ .

(٧) عنى بالغربال الدُّفّ ، شبَّه الغِربال به في استدارته . اللسان ، مادة (غَرْبَلَ) .

(٨) أخرجه سعيد بن منصور ، باب ماجاء في نكاح السر ١٧٤/١ رقم (٦٣٥) ، والبيهقي ، كتاب الصداق ، باب مايستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب ٤٧٣/٧ رقم (١٤٦٩٨) وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب إعلان النكاح ٦١١/١ رقم (١٨٩٥) بلفظ "أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالغربال" .
والحديث ضعيف ، تفرّد به خالد بن إلياس وهو متروك الحديث ، انظر : التقريب ٢٥٥/١ رقم (١٦٢٢) .

(٩) الكَبَرَ : من آلات اللهو ، وهو دُفّ له وجه واحد .
غرر المقالة في غريب الرسالة مع الرسالة ص٢٦٩ .

قال أصبغ : يعني في العُرْسِ خاصة ، ولايعجبني المِزْهَر المربّع[١] ، قال : ولايجوز الغناء في العُرْس ولاغيره ، إلا مثل ماكان يقول نساء الأنصار[٢] أو رجز خفيف لايمنكسر[٣] ولاطويل .

قال ابن حبيب : وقد أُرخِص في العُرْس إظهار الكَبَر والدُّفّ والمِزْهَر ، ويُنهى عن اللهو بذلك في غير العُرس[٤] .

[فصل ٢ ـــ في الوليمة في النكاح]

قال[٥] : وكان النبي عليه الصلاة والسلام يستحبُّ الإطعام على النكاح عند عقده ، وعند البناء ، ولم يدَع الوليمة على أحد من نسائه قلّ أو كثر[٦] .

---

(١) المِزْهَر : العود الذي يضرب به ، اللسان ، مادة (زَهَرَ) .
قال أصبغ : والغِرْبال هو الدفّ المدوَّر ، وليس المِزْهَر ، والمِزْهَر مكروه وهو مُحْدَث ، والفرق بينهما أن المِزْهَرَ ألهى ، وكل ماكان ألهى فهو أغفل عن ذكر الله وكان من الباطل ، وماكان من الباطل فمحرَّم على المؤمنين اللهو والباطل .
العتبية مع البيان والتحصيل ١١٥/٥ .

(٢) وهو قولهن :

أَتيناكم أَتيناكم ... فحيَّانا وحيَّاكم
ولولا الذهب الأحمر ... ماحلَّت بواديكم
ولولا الحنطة السَّمْرا ... ماسَمِنَتْ عَذاريكم

انظر : مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، تأليف نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٢هـ) ، كتاب النكاح ، باب إعلان النكاح واللهو والنثار ٢٨٩/٤ .

(٣) في جميع النسخ "لايكثير" والتصحيح من العتبية ١١٤/٥ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٤/أ .

(٥) أي ابن حبيب .

(٦) المصدر نفسه ل٢٦٤/أ .

قال أنس : ولم يولم على واحدةٍ منهنَّ[١] مثل ما أولم على أم سلمة[٢] ، وكان ذلك الخبز واللحم[٣] ، وأولم على صفية بالصَّهْبَاء[٤] بالسَّويق والتمر[٥] ، وقال صلى الله عليه وسلم : / لابن عوف : "أَوْلِمْ ولو بشاة"[٦] ، وقال : "أعينوا بلالاً على وليمته"[٧] . [٦٠/أ]

---

(١) "على واحدة منهن" ليست في ز .

(٢) هي أم المؤمنين أم سلمة هند بنت أبي أمية بن المغيرة المخزومية ، كانت ممن أسلم قديماً هي وزوجها أبو سلمة وهاجر إلى الحبشة ، ثم مات عنها ، وتزوجها النبي صلى الله عليه وسلم سنة أربع ، وقيل : سنة ثلاث ، كانت موصوفة بالعقل البالغ والرأي الصائب ، وهي آخر أمهات المؤمنين موتاً ، توفيت سنة ٥٩هـ ، ودفنت بالبقيع وصلى عليها أبو هريرة رضي الله عنه .
انظر : الطبقات ٦٩/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٤٣٦/٤ ، الإصابة ٤٣٩/٤ .

(٣) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب الوليمة بشاة ١٤٢/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب زواج زينب بنت جحش ونزول الحجاب وإثبات وليمة العرس ١٠٤٩/٢ رقم (١٤٢٨) كلاهما بذكر زينب بدلاً من أم سلمة .

(٤) الصهباء : موضع بينه وبين خيبر روحه ، سميت بذلك لصهوبة لونها وهي حمرتها أو شقرتها . انظر : معجم البلدان ٤٣٥/٣ .

(٥) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها ١٠٤٦/٢ رقم (١٣٦٥) بلفظ : "وجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وليمتها التمر والأقط والسمن" ، وأخرجه بلفظ المصنف البيهقي ، كتاب الصداق ، باب تؤدا حق الوليمة بأي طعام أطعم ٢٢٤/٧ رقم (١٤٥٠٦) .

(٦) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب الوليمة ولو بشاة ١٤٢/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل وكثير ١٠٤٢/٢ رقم (٧٩-٨١) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب من كان يقول يطعم في العرس والختان ٥٥٦/٣ رقم (١٧١٥٥) .

وقد أبيح أن يولم أكثر من يوم ، وروي : "أن اليوم الثاني فضل ، والثالث سمعة"[(١)] .

وأجاب الحسن رجلاً دعاه في اليوم الأول[(٢)] ، ثم في الثاني ، ثم دعاه في الثالث فلم يُجبه[(٣)] ، وفعَل ابن المسيب[(٤)] مثله[(٥)] .

---

(١) أي في الوليمة ، والحديث له عدة طرق .
أخرجه أبو داود ، كتاب الأطعمة ، باب في كم تستحب الوليمة ١٢٦/٤ رقم (٣٧٤٥) ، وأحمد ٣٧/٥ رقم (٢٠٣٤٧،٢٠٣٤٨) ، والبيهقي كتاب الصداق ، باب أيام الوليمة ٤٢٤/٧ رقم (١٤٥٠٩) وفيه عندهم عبد الله بن عثمان الثقفي ، مجهول ، انظر : التقريب ٥١٣/١ رقم (٣٤٨١) .
وأخرجه ابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب إجابة الداعي ٦١٧/١ رقم (١٩١٥) وفيه أبو مالك النخعي ، متروك ، انظر : التقريب ٤٦٢/٢ رقم (٨٣٧٧) .
وأخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الوليمة ٤٠٣/٣ رقم (١٠٩٧) ، والبيهقي كتاب الصداق ، باب أيام الوليمة ٤٢٤/٧ رقم (١٤٥١٢) وفيه عندهما زياد بن عبد الله البكائي ، ضعيف ، لأن في حديثه عن غير ابن إسحاق ليناً،وهذا منه ، انظر : التقريب ٣٢١/١ رقم (٢٠٩١) ، وقال الترمذي : زياد بن عبد الله كثير الغرائب والمناكير .
وأخرجه البيهقي أيضاً ٤٢٤/٧ رقم (١٤٥١٣) وفيه بكر بن خنيس ، ضعيف ، انظر : تلخيص الحبير ١٩٥/٣،١٩٦ .
فالحديث ضعيف .

(٢) "الأول" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٤/أ .

(٤) هو أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي ، عالم أهل المدينة ، وسيد التابعين في زمانه ، سمع عثمان وعلياً وزيد بن ثابت وأبا موسى وأبا هريرة وابن عباس وخلقاً غيرهم ، كان ممن برز في العلم والعمل ، توفي سنة ٩٣هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٢١٥/٥ ، شذرات الذهب ١٠٢/١ .

(٥) أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب أيام الوليمة ٤٢٤/٧ رقم (١٤٥١٠) .

قال ابن حبيب : وإن دعاه في الثالث من لم يكن دعاه ، أو دعاه مرة فذلك واسع سائغ ، وقد أولم ابن سيرين[١] ثمانية[٢] أيام[٣] ، فمن وسّع الله عليه فليولم من يوم ابتنائه إلى مثله[٤] .

[فصل ٣ ــ فيمن نكح بغير بينة]

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج بغير بينة على غير استسرار فالنكاح جائز ، ويُشهدان فيما يَستقبلان .

وإن أقر الزوج والولي بالعقد ثم قالا أو أحدهما : لم نُشْهِد ، أَشْهَدَا الآن ، وليس لأحدهما فسخه ـ يريد في هذا كله ـ قبل البناء[٥] .

قال ابن المواز : قال مالك : ولو دخل الزوج قبل أن يُشْهِدَ فرِّق بينهما بطلقة بائنة ، وخطبها إن أحب بعد استبرائها بثلاث حيض .

قال ابن حبيب : ولايحدَّان إن[٦] كان أمرهما فَاشِياً كانا عالمين أو جاهلين[٧] وإن لم يكن فاشياً حُدَّا ، كانا عالمين أو جاهلين .

---

(١) هو أبوبكر محمد بن سيرين الأنصاري ، شيخ البصرة وإمام المعبِّرين ، كان ثقة مأموناً فقيهاً ، كثير العلم والورع ، روى عن كثير من الصحابة ، توفي سنة ١١٠هـ .
انظر : الطبقات ١٤٣/٧ ، سير أعلام النبلاء ٤٨٧/٥ ، شذرات الذهب ١٣٨/١ .

(٢) في أ ، ب "ثلاثة" .

(٣) ودَعى في بعضها أبيَّ بن كعب .
أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب أيام الوليمة ٤٢٥/٧،٤٢٦ رقم (١٤٥١٥،١٤٥١٦)

(٤) النوادر والزيادات ل٢٦٤/أ .

(٥) انظر : المدونة ١٩٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٦) في ز "وإن" .

(٧) "كانا عالمين أو جاهلين" ليست في أ ، ب .
ويحكم بسقوط الحد هنا لأن فشوَّ أمر نكاحهما يقوم مقام البينة فيدرأ الحد عنهما .

قال : والشاهد الواحد لهما بالنكاح ، أو معرفة ابتنائهما باسم النكاح وذكره وإشهاره فهو كالأمر الفاشي من نكاحهما[١] ، قاله ابن الماجشون وأصبغ .
وقال ابن القاسم : إذا لم يعذرا بالجهالة حُدَّا وإن كان أمرهما فاشياً ولم أجد من يقول ذلك[٢] .

قال عبد الوهاب : يصح عندنا عقد النكاح من غير إشهاد[٣] خلافاً لأبي حنيفة[٤] والشافعي[٥] .

دليلنا : لأنه عقد من العقود فأشبه سائرها[٦] ، ولأنه معنى يقصد به التوثُّق ، فلم يكن شرطاً في العقد كالرهن والكفالة ، فإذا ثبت أنه ليس بشرط في الصحة فإنه شرط في الكمال والفضيلة ، لقوله عليه الصلاة والسلام : "لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[٧] [٨] .

ومن المدونة : وذكر ابن وهب أن حمزة بن عبد الله[٩] خطب [على ابنه][١٠] إلى سالم بن عبد الله ابنته فزوجه إياها وليس معهما غيرهما .

---

(١) في أن الحد يدرأ عنهما .
(٢) النوادر والزيادات ل٢٦٣/ب .
(٣) انظر : التفريع ٣٣/٢ ، المقدمات الممهدات ٤٧٩/١ .
(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص١٦٩ ، مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٣/٣ .
(٥) انظر : الأم ٣٥/٥ ، التنبيه ص١٥٩ .
(٦) أي في أن الإشهاد ليس شرطاً في انعقادها .
(٧) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ٢٢٥/٣ رقم (٢٣) ، وابن حبان ، كتاب النكاح ، باب الولي ، ذكر نفي إجازة عقد النكاح بغير ولي وشاهدي عدل ١٥٢/٦ رقم (٤٠٦٣) وصححه وقال : ولايصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر .
(٨) انظر : المعونة ٧٤٥/٢ .
(٩) في أ "حمزة بن عبد المطلب" ، وهو خطأ ولَبس .
وحمزة بن عبد الله هو : أبو عمارة حمزة بن عبد الله بن عمر بن الخطاب ، كان ثقة قليل الحديث ، روى عنه الزهري .
انظر : الطبقات ١٥٦/٥ .
(١٠) من المدونة .

وقد ذكر مثل ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قال لرجل : ألا أنكحك أميمة بنت ربيعة بن الحارث[١] ، فقال : بلى يارسول الله ، فقال : "قد أنكحتكها" ، ولم يُشْهِد[٢] [٣] .

ابن المواز : وقد فعل ذلك ابن عمر[٤] حين زوج ابنته سودة من عروة[٥] ، أخبرنا به غير واحد .

[فصل ٤ ـ فيمن نكح بغير صداق]

ومن المدونة : قال مالك : ولايزوج الرجل عبده أمته إلا ببينة وصداق .

قال ابن القاسم : فإن زوجه بغير بينة أَشْهَدا فيما يَستقبلان وجاز النكاح ، وهذا إذا لم يكن دخل بها .

وإن زوجه إياها على أن لاصداق عليه فسخ النكاح قبل البناء ، وثبت بعده وكان[٦] لها صداق مثلها .

---

(١) هي أميمة بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب ، قال في التجريد : لها صحبة .
انظر : الإصابة ٢٣٤/٤ .

(٢) أخرجه البزار ، كتاب النكاح ، باب لفظ النكاح ١٦٣/٢ رقم (١٤٣١) ، قال الهيثمي : فيه جماعة لم أعرفهم . انظر : مجمع الزوائد ٢٨٨/٤ .
وسنده في المدونة فيه يزيد بن عياض كذَّبه مالك وغيره ،انظر : التقريب ٣٣٠/٢ رقم (٧٧٨٩) .

(٣) انظر : المدونة ١٩٣/٢ .

(٤) في أ "عمر" ، ويبدو أن "ابن" سقطت من أ .

(٥) سبق تخريجه ص٨ .

(٦) "كان" ليست في ز .

قال في الثاني[1] : وقيل : يفسخ بعد البناء[2] .

قال عبد الوهاب : والأصل في ذلك[3] قوله تعالى : ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾[4] ، وقوله تعالى : ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[5] ، وقال عليه الصلاة والسلام للذي خطب المرأة : "هل معك ماتستحلها به؟"[6] [7] .

ومن المدونة : [8] قال ابن القاسم : ولو زوجه ولم يذكر الصداق ولاشرط إسقاطه[9] فهذا التفويض ، والنكاح جائز ، ويُفرض للأمة صداق مثلها ، لأن مالكاً قال ذلك في النساء ، والنساء يجتمع فيه الحرائر والإماء[10] .

---

(١) أي في كتاب النكاح الثاني من المدونة ، وهو في المطبوعة الثالث .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢٣٨/٢ .
ويبدو أنه قول آخر لابن القاسم رجع عنه ، لأن سحنون لما ذكر قول ابن القاسم السابق قال: وقد كان قال : يفسخ وإن دخل بها .

(٣) أي في أنه لايجوز نكاح بغير صداق .

(٤)،(٥) سورة النساء : آية ٢٤ .
قال القاضي ابن العربي : قوله تعالى : ﴿أَن تَبْتَغُوا۟ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ يعني بالنكاح أو بالشراء ، فأباح الله الحكيم الفروج بالأموال ، والإحصان دون السفاح وهو الزنا ، وهذا يدل على وجوب الصداق في النكاح . أحكام القرآن ٣٨٧/١ .

(٦) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح ١٢٩/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد ١٠٤٠/٢،١٠٤١ رقم (١٤٢٥) .

(٧) انظر : المعونة ٧٥٠/٢ .

(٨) في أ ، ب "العتبية" ، وهو خطأ .

(٩) في ز "ولاسقط باشتراط" .

(١٠) انظر : المدونة ١٩٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

فصل [٥ ـــ فيمن نكح سرا]

قال ابن القاسم : ومن عقد نكاحه ببينة ، واستكتم البينة ذلك عند / العقد فالنكاح فاسد[١] . [٦٠/ب]

قال عبد الوهاب : خلافاً لأبي حنيفة[٢] والشافعي[٣] ، دليلنا قوله عليه الصلاة والسلام : "هذا النكاح لاالسفاح"[٤] ، ونهيه عن نكاح السر[٥] ، ولأن التواصي بالكتمان من صفة الزنا ، وذريعة إلى إضاعة الأنساب[٦] .

ومن الواضحة : وقول عمر في نكاح السر : لو تقدَّمتُ فيه لَرَجَمْتُ[٧] ، تشديداً في الزجر عنه[٨] .

وفي كتاب ابن المواز : إن عمر قال ذلك في نكاح عُقِدَ بشهادة امرأتين[٩] ودخل بها .

---

(١) انظر : المدونة ١٩٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٢) انظر : تحفة الفقهاء ، تأليف علاء الدين السمرقندي (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٤هـ) ١٣١/٢ .

(٣) انظر : الأم ٣٦/٥ .

(٤) سبق تخريجه ص١١٤ .

(٥) سبق تخريجه ص١١٤ .
ونكاح السر قيل : هو نكاح عقد بغير عدلين ، وقيل : ماأسر الشهود حين عقْده بكتمه .
انظر : شرح حدود ابن عرفة ٢٤٦/١ .

(٦) انظر : المعونة ٧٤٦/٢ .

(٧) قال عمر ذلك عندما أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة فقال : هذا نكاح السر ، ولاأجيزه ، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت .
أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب جامع مالايجوز من النكاح ٤٢٣/٢ رقم (٢٦) .
وقوله : لو كنت تقدّمت فيه لرجمت ، أي : لو سبقت غيري لرجمت فاعله .

(٨) النوادر والزيادات ل٢٦٣/أ .

(٩) والذي في الموطأ بشهادة رجل وامرأة كما سبق .

قال ابن حبيب : ويفسخ نكاح السر وإن دخل إلا أن يتطاول بعد الدخول فلايفسخ ، هذا قول مالك وأصحابه .

قال : وكل نكاح استكتمه الشهود وإن كثروا ، أو عُقِدَ على وجه الاستسرار أو سئل الشهود أن يكتموا ذلك من امرأةٍ له أخرى ، أو يكتموا ذلك في منزل التي نكح ، ويظهروه في غيره ، أو يظهروه في المنزل ويكتموه في غيره ، أو يكتموه ثلاثة أيام ونحوها ، فذلك كله من نكاح السر يفسخ أبداً[١] ما لم يطل ذلك[٢] ، وكذلك أخبرني من سمعه من مالك[٣] .

ومن العتبية : قال أصبغ : وسألت أشهب عمن عَقد فلما فرغ استكتم البينة؟ قال : إن لم تكن تلك نيته ولاعليه نكح في ضميره فلابأس به .

قلت : فإن نكح على ذلك في ضميره؟

قال : فليفارق .

قال أصبغ : لاأرى أن يفسخ النكاح إن لم يكن إلا ضميره في نفسه ، لأنه لابأس أن يتزوج ونيته أن يفارق ، ولكن إن كان مع ضميره مواطأة بينه وبين المرأة أو الأولياء وأخذاه مأخذ الاستسرار فهو فاسدَ وليفارِق[٤] .

ومن المدونة : وقال ابن شهاب فيمن نكح سراً وأشهد رجلين : أنه يفرق بينهما وإن دخلا ، ولها مهرها بالمسيس ، وتعتد ، ثم إن شاءت نكحته بعد العدة[٥] وإن فرق بينهما قبل البناء فلاصداق لها ويعاقب الزوجان والشاهدان بما كتما من ذلك[٦] .

---

(١) "أبداً" ليست في أ ، ب .
(٢) "ذلك" ليست في أ ، ب .
(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٦٣/أ ، ب .
(٤) قال أصبغ : وهو من وجه نكاح المتعة وهو الذي يفارق كما قال ولايقيم عليه .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٠١/٥، ١٠٢ .
(٥) أي نكاح علانية .
(٦) انظر : المدونة ١٩٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

وفي كتاب ابن المواز : روى ابن وهب عن مالك فيمن نكح بشاهدين واستكتمهما ذلك أنه يفرق بينهما بطلقة ، ويكون لها صداقها إن دخل بها ، ولايعاقب الشاهدان إن جهلا ذلك[١] ، وإن أتيا ذلك بمعرفة أنه لايصلح عوقبا[٢] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن زوج ابنته الثيب فأنكرت ذلك ، فشهد عليها الأب ورجل أجنبيٌّ أنها قد فوَّضت ذلك إلى أبيها فزوجها من هذا الرجل لم يجز إنكاحه ، لأنه إنما شهد على فعل نفسه[٣] وهو خصم .

وقد قال مالك في رجل وجد مع امرأة في بيت ، فشهد أبوها وأخوها أن الأب زوجها إياه ، فلايقبل ذلك ، ولايجوز نكاحه ويعاقبان .

ـ قال في كتاب الحدود : وإن ثبت الوطء حُدَّا[٤] ـ .

وإذا نكح مسلم ذمية بشهادة ذميين لم يجز نكاحه ، فإن كان لم يدخل أشهد الآن مسلمين ولزمه النكاح .

قال يحيى بن سعيد : تجوز شهادة الأبداد[٥] في النكاح والعتاق[٦] .

---

(١) "ذلك" ليست في ز .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٣/ب .

(٣) وهو تزويج ابنته بغير بينة .

(٤) انظر : المدونة ٢٠٣/٦ .
ولايدرأ عنهما الحد إلا إذا قامت بينة على إثبات النكاح .

(٥) الأبداد : واحدهم بُدٌّ على وزن مُدٌّ ، وهم الذين يشهدون متفرقين ، ومنه : بَدَدْتُ الشيء إذا فرَّقته . شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٥ .

(٦) المدونة ١٩٤،١٩٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

[الباب السابع عشر]
فيمن نكح على أنه بالخيار أو إلى أجل[1] أو بصداق مجهول ، أو ببعضه مؤجل[2]

[فصل ١ ــ فيمن نكح على أنه بالخيار]

قال ابن القاسم : ومن نكح على أن الخيار له أو للولي أو للزوجة أو لجميعهم يومًا أو يومين لم يجز ، ويفسخ قبل البناء ، إذ لو ماتا قبل الخيار لم يتوارثا وإن بنى بها ثبت النكاح وكان لها المسمى[3] .

وكذلك الجواب[4] / فيمن تزوج امرأة علىأنه إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا فلانكاح بينهما ، وقد كان مالك يقول : إن النكاح يفسخ بعد البناء ، لأن فساده في عقده ، ثم رجع فقال : يثبت بعده[5] . [٦١/أ]

وقال ابن القاسم في كتاب محمد : يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ولها صداق المثل .

قال ابن المواز : وإن شرط إن لم يأت به إلى أجل كذا فأمرها بيدها ، فروى ابن القاسم عن مالك : أنه يفسخ ما لم يدخل ، وروى عنه أشهب : أنه جائز .

وكذلك قال ابن القاسم وأشهب وأصبغ[6] دخل أو لم يدخل ، لأنه شرط لازم[7] .

---

(١) في أ ، ب زيادة "مجهول" .

(٢) في أ ، ب زيادة "أو على ألا ميراث بينهما" .

(٣) ولاترد إلى صداق مثلها .

(٤) أي الحكم .

(٥) انظر : المدونة ١٩٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٦) أي أن النكاح جائز والشرط لازم .

(٧) كشرطه : إن غبت سنة فأمركِ بيدك .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٩/أ .

[فصل ٢ ــ فيمن نكح بصداق مجهول]

ومن المدونة : قال : ومن نكح امرأة على أحد عبديه أيهما شاءت المرأة جاز ذلك ، وإن كان أيهما شاء الزوج لم يجز ، وكذلك البيع .

قال سحنون : هما سواء إذا قال : أيهما شئت أنت ، أو شئت أنا ، فالنكاح جائز في الوجهين ، وكذلك في البيع .

قال ربيعة ومالك : الصداق ماوقع به النكاح[1] .

فصل [٣ ــ فيمن نكح إلى أجل]

قال مالك : ولايجوز النكاح إلى أجل قَرُب أو بَعُد وإن سمى صداقاً ورضي بذلك الولي فالنكاح باطل ويفسخ ، دخل بها أو لم يدخل ، وهذه المتعة ، وقد ثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام تحريمها[2] [3] .

قال ابن القاسم : ومن قال لامرأة : إذا مضى شهر فأنا أتزوجك ، فرضيت ورضي الولي ، فهذا النكاح باطل لايقام عليه ، ومن نكح وفي نفسه أن يفارق فليس من ذلك[4] .

---

(١) انظر : المدونة ١٩٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح المتعة آخرا ١٢٩/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيح ثم نسخ ، ثم أبيح ثم نسخ واستقر تحريمه إلى يوم القيامة ١٠٢٧/٢ رقم (١٤٠٧) .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ١٩٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

[فصل ٤ ــ فيمن نكح بصداق بعضه مؤجل]

قال مالك[١] : ومن تزوج امرأة بصداق بعضه معجَّل وباقيه مؤجَّل إلى سنة فلايعجبني هذا النكاح ، وليس هذا من نكاح من أدركت[٢] .

قال ابن القاسم : فإن نزل ذلك جاز النكاح ، وكان للزوج إذا أتى بالمعجَّل أن يدخل بها ، وليس لها منعه ، ويتأخر بقية الصداق إلى أجله ، وإن كان إلى أجل بعيد جاز ما لم يتفاحش بعد ذلك ، وإن تزوجها بصداق نصفه نقد ونصفه على ظهره ، فإن كان الذي على ظهره يحلُّ عندهم بالبناء جاز[٣] ، وإن كان لايحل إلا إلى موت أو فراق لم يجز النكاح ، وفسخ قبل البناء وثبت بعده ، وكان لها صداق المثل[٤] إلا أن يكون صداق مثلها أقلَّ مما عجِّل فلايُنقص من المعجَّل ، ولمالك قول أن لها المعجَّل وقيمة المؤجَّل ، ولايعجبني[٥] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران فيمن تزوج بصداق على ظهره إنه إنما عمل ذلك على العادة عندهم ، فإن كانت العادة فيه الحلول أخذ حالاً ، وإن كانت العادة فيه[٦] إلى أجل معلوم فهو إلى ذلك الأجل ، وإن كان عرفهم أن يكون إلى موت أو فراق فالنكاح مفسوخ قبل البناء ، لأنهم وإن سمَّوه على ظهره فليس ذلك بأكثر من أن يسموه ديناً عليه ، وإنما يُحمل الأمر فيه على عادة بلدهم ، والذي يحلُّ عند مالك بالدخول فإنما تكلَّم على أن الدخول معلوم عندهم[٧] ، ولو تأخر عن العادة التي يعرفونها لكان يلزمه أداء الصداق عند مالك ، إلا على قول

---

(١) "مالك" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ١٩٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٣) لأن البناء أجل معلوم .

(٤) ولاينظر إلى ماسمَّيا من الصداق . انظر : المدونة ١٩٨/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ١٩٦/٢-١٩٨ ، تهذيب المدونة ص٨٣ .

(٦) "فيه" ليست في ز .

(٧) كما تقدم في المسألة السابقة .

سحنون الذي يقول : إنهم إذا جعلوا المهر إلى أجل فحلّ الأجل قبل الدخول[١] فلايؤخذ ذلك حتى يدخل .

قيل له : فما ترى في قول سحنون أن الصداق بعد الدخول بالقرب لايؤخذ؟

قال : كنا قد تكلمنا في هذا ثم وقع عندي أن ذلك لو كان كما قال سحنون لكان يقال : إن الصداق يكون إلى أجل مجهول إذا رددنا الأمر فيه إلى اجتهاد الحاكم ، فلايجوز النكاح على هذا[٢] .

قال ابن المواز / عن أصبغ : ومن تزوج بمئة نقداً وبمئة إلى موت أو فراق ، [٦١/ب] فتركت المرأة المئة الغرر[٣] ، أو رضي الزوج أن يعجّلها وذلك قبل البناء ثبت النكاح ، وكذلك لو نكحت ببعير شارد ، أو عبد آبق ، أو جنين في بطن أمه ، ومع ذلك ربع دينار فصاعداً ، فإن رضيت بربع الدينار وإسقاط مامعه من الغرر جاز[٤] ، ولو رضي الزوج بتعجيل قيمة العبد الآبق على غير إباق نقداً تمّ النكاح ، وإذا لم يكن مع الآبق أو الجنين شيء فلابد من فسخه وإن رضيا بصداق صحيح إلا أن يدخل ، وإن كان مع ذلك ربع دينار فلم يفسخ حتى رجع الآبق والشارد وخرج الجنين حياً ، فإن لم ترض بربع الدينار وحده فسخ النكاح ، إلا أن يرضى الزوج أن يدع لها ذلك فيجوز .

قال أصبغ : وإن في هذا لمغمزاً ولكنه قول أصحابنا ، والقياس فيه الفسخ إلا أن يبني[٥] .

قال الشيخ : وهو ظاهر المدونة أنه يفسخ[٦] .

---

(١) "قبل الدخول" ليست في ز .

(٢) تهذيب الطالب ل١٢/ب .

(٣) أي التي إلى موت أو فراق .

(٤) "جاز" ليست في أ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٧/أ ، ب .

(٦) أي إن لم يبن . انظر: المدونة ١٩٦/٢ .

[الباب الثامن عشر]
في شروط النكاح[1] وجده وهزله

[فصل ١ ـــ في شروط النكاح]

وقد أبطل الرسول عليه الصلاة والسلام كلَّ شرطٍ ليس في كتاب الله عز وجل[2] ، وروى ابن وهب أن رجلاً تزوج امرأةً على عهد عمر بن الخطاب وشرط لها ألا يخرجها من أرضها ، فوضع عنه عمر هذا[3] الشرط وقال : المرأة مع زوجها[4] .

قال مالك : وليس لما يفسد به النكاح من الشروط حد[5] .

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً على شروطٍ تلزمه فصالحها ، أو طلقها طلقة فانقضت عدتها ، ثم تزوجها بعد ذلك بنكاحٍ جديد لزمته تلك الشروط ملبقي من طلاق ذلك الملك شيء ، ولو شرط في نكاحه الثاني أنه إنما ينكح على أن لايلزمه من تلك الشروط شيء لم ينفعه شرطه ، وهي لازمة له في بقية طلاق ذلك الملك[6] .

قال مالك : ومن تزوج امرأة على أن لايتزوج عليها ولايتسرَّى جاز النكاح وبطل الشرط[7] .

---

(١) المراد بشروط النكاح هنا هي الشروط التي تشترطها المرأة على زوجها في عقد النكاح ، مثل ألا يتزوج عليها ، أو ألا يخرجها من بلدها ونحو ذلك .

(٢) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "ماكان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطلٌ وإن كان مئة شرط" .
أخرجه البخاري ، كتاب الشروط ، باب الشروط في الولاء ١٧٧/٣ ، ومسلم ، كتاب العتق باب إنما الولاء لمن أعتق ١١٤١/٢،١١٤٢ رقم (١٥٠٤).

(٣) "هذا" ليست ي ز .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور ، باب ماجاء في الشرط في النكاح ١٨٣/١ رقم (٦٧٠) .

(٥)،(٦) انظر : المدونة ١٩٧/٢ .

(٧) انظر : المصدر نفسه ١٩٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٣،٨٤ .

قال مالك : ومن تزوج امرأة على شروط ، وحطّت عنه من مهر مثلها لتلك الشروط ، فإن كان كل[1] ماحطت من ذلك في عقد النكاح لم ترجع به على الزوج وبطل الشرط إلا أن يكون فيه عتقٌ أو طلاق[2] ، وإن حطت ذلك عنه[3] بعد عقد النكاح على أن شرطت عليه تلك الشروط لزمه ذلك[4] ، فإن أتى شيئاً مما شرطت عليه رجعت عليه بما وضعت عنه من المال فأخذته منه ، مثل ماتشترط ألا يخرجني من مِصْري[5] ، ولايتسرّى عليَّ ، ولايتزوج عليَّ[6] .

وقال علي بن زياد في النكاح الثاني[7] : إن حطته في العقد من صداق مثلها لما شرطت عليه لزمه ماحطّته إن فعل من ذلك شيئاً ، وإن كانت الحطيطة مما ناف على صداق المثل لم يلزمه شئ[8] ، ورواه ابن نافع[9] عن مالك[10] .

ابن المواز : ورواه أيضاً أشهب عن مالك وأخذ به ابن عبد الحكم ، وأخذ أصبغ وجميع أصحاب ابن القاسم برواية ابن القاسم وبه أقول .

ابن المواز : قال أشهب : وسئل مالك عمن خطب امرأة فواطأها على ستين ديناراً ، فلما أراد أن يتزوجها بذلك قال له أبوها : هل لك أن أضع عنك عشرين ديناراً وأزوجكها بأربعين على أن لاتخرجها من المدينة؟[11]

---

(١) "كل" ليست في ز .

(٢) أي فيجب ذلك عليه ويلزمه .

(٣) "عنه" ليست في ز .

(٤) ويكون له المال الذي وضعته عنه .

(٥) في أ ، ب "مصر" ، والمثبت يتفق مع مافي المدونة .

(٦) انظر : المدونة ١٩٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٧) وهو في المدونة المطبوعة : كتاب النكاح الثالث .

(٨) "شئ" ليست في ز .
وقوله : لم يلزمه شئ ، أي إن فعل الزوج شيئاً مما اشترطت عليه عدم فعله ، لأن الذي جعل مقابل الشرط مال زائد عن صداق المثل .

(٩) هو أبو محمد عبد الله بن نافع مولى بني مخزوم ، المعروف بالصائغ ، من كبار فقهاء المدينة ومفتيها ، تفقه بمالك ونظرائه ، وصحبه أربعين سنة ، سمع منه سحنون وكبار أتباع أصحاب مالك ، له تفسير في الموطأ ، توفي بالمدينة سنة ١٨٦هـ ، وصوّب الذهبي أنه توفي سنة ٢٠٦هـ انظر : ترتيب المدارك ٣٥٦/١ ، سير أعلام النبلاء ١٠٥/٩ ، الديباج ٤٠٩/١ ، شجرة النور ص٥٥ .

(١٠) انظر : المصدر نفسه ٢٢٠/٢ .

(١١) "من المدينة" ليست في ز . في العتبية : فقال : نعم ، وتزوجها على ذلك ، ثم أراد الخروج بها.

قال مالك : ذلك له وعليه العشرون التي وضعت له لمكان الشرط .
قيل له : إنه لم يقع النكاح بستين وإنما كانت مذاكرة ، أفتكون صداقاً؟
قال : نعم ، وإنما الذي لايكون لها عليه أن تقول : أتزوجك بمئتي دينار ، ثم أضع عنك مئة على أن لاتفعل ، فهذا الذي ليس بصداق ، وله أن يفعل ، يخرجها ويتزوج[١] .
قيل له : / فإن طلقها قبل أن يمسها؟
قال[٢] : قال مالك : إذاً[٣] لاتأخذ إلا نصف الأربعين ، وليس لها في هذا حجة ، لأنه قد تركها على شرطها ووفّى به لها ولم ينقضه حتى فارقها[٤] .
ابن المواز : وإنما قال ذلك مالك لأنه قد كان[٥] رضي بالستين لو لم تطرح عنه منها شيئاً للشرط ، وهو مذهب أشهب وابن القاسم وابن وهب وعبد الملك ، وهو الصواب إن شاء الله[٦] .
ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن أعطته مالاً على أن لايتزوج عليها ، فإن فعل فهي طالق ثلاثاً ، فإن فعل وقع الطلاق وبانت منه ، ولم ترجع عليه بشيء لأنها اشترت طلاقها بما وضعت عنه[٧] .

فصل [٢ ـــ في جد النكاح وهزله]

قال ابن القاسم : وإذا قال الخاطب للأب في البكر ، أو الولي المفوَّض إليه : زوجني فلانة بمئة دينار[٨] ، فقال : قد فعلت ، ثم قال الخاطب : لاأرضى ، لم

---

(١) أي إذا قالت : ألا تخرجني من بلدي ، أو ألا تتزوج علي ، فيفعل ولاشيء عليه .
(٢) "قال" ليست في ز . والمراد قال أشهب .
(٣) "إذا" ليست في ز .
(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٨٢/٤، ٣٨٣ .
(٥) "كان" ليست في ز .
(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٨٢/ب .
(٧) انظر : المدونة ١٩٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .
(٨) "دينار" ليست في ز .

ينفعه ذلك[١] ، ولزمه النكاح ، بخلاف البيع[٢] ، لأن ابن المسيب قال : ثلاثٌ ليس فيهن لعبٌ ، هَزْلُهنّ جِدٌّ : النكاح ، والطلاق ، والعتاق[٣] [٤] .

وقال أبو بكر بن اللبّاد[٥] : وروى ابن وهب أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : "ثلاثٌ جِدُّهُنّ وهَزْلُهنّ جِدٌّ : النكاح ، والطلاق ، والعتاق"[٦] .

وقال علي بن زياد في المستخرجة : لايجوز نكاح هزلٍ ولالعبٍ ، ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده .

وبالأول أقول[٧] وأُلزمه النكاح .

---

(١) أي قوله : لاأرضى ، بعد قول الأب أو الولي : قد زوجتك .

(٢) فإن لكلا المتبايعين الفسخ مالم يلزم البيع ، لأنه لايتم إلا بتراض منهما لقوله تعالى : ﴿ لَاتَأْكُلُوٓاْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ . سورة النساء : آية ٢٩ .

(٣) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب جامع النكاح ٤٣٢/٢ رقم (٥٦) .

(٤) انظر : المدونة ١٩٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٥) هو أبو بكر محمد بن محمد بن وشاح ، يعرف بابن اللبّاد القيرواني ، حافظٌ ، إمامٌ ، فقيهٌ ، تفقه بيحيى بن عمر وابن طالب وحمديس القطان وغيرهم ، له تآليف منها : كتاب الطهارة ، وكتاب عصمة الأنبياء ، وكتاب فضائل مالك ، وكتاب الآثار والفوائد ، توفي سنة ٣٣٣هـ . انظر : ترتيب المدارك ٣٠٤/٢ ، معالم الإيمان ٢١/٣ ، الديباج ١٩٦/٢ ، شجرة النور ص٨٤

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب في الطلاق على الهزل ٦٤٣/٢،٦٤٤ رقم (٢١٩٤) والترمذي ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الجد والهزل في الطلاق ٤٩٠/٣ رقم (١١٨٤) ، وابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا ٦٥٨/١ رقم (٢٠٣٩) ، والدارقطني ، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره ١٨/٤،١٩ رقم (٥٠) ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢١٦/٢ رقم (٢٨٠٠) وصححه ، وقال الترمذي : حسن غريب .
وحسّنه الحافظ ابن حجر ، انظر :التلخيص الحبير ٢٠٩/٣،٢١٠ .

(٧) وهو أن هزل النكاح جد .

[الباب التاسع عشر]
في نكاح الخصي[1] والمجبوب[2] والعبد ومن فيه بقية رق

[فصل ١ ــ في نكاح الخصي والمجبوب]

قال الله عز وجل : ﴿فَانكِحُوا مَاطَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[3] ، قال مالك : ويجوز نكاح الخصيّ وطلاقه ، ويجوز نكاح المجبوب ، لأنه يحتاج إلى أشياء من أمر النساء[4] .

[فصل ٢ ــ في نكاح العبد]

قال مالك : أحسن ماسمعت أن للعبد أن يتزوج أربعاً إن شاءحرائر أو إماء ، لقول الله تعالى : ﴿فَانكِحُوا مَاطَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾[5] الآية .

قال مالك : وحدُّ العبد في الفِرْيَة أربعون جلدة ، وطلاقه طلقتان[6] .

قال أبو محمد : وجعل الله حدَّ العبد نصف حدِّ الحر ، لقوله تعالى : ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾[7] ، والطلاق من معنى الحدود ويجرّ

---

(١) الخصي : هو الذي قُطعت خصيَتاه ، وقد يقال لمن قُطع ذكره وخصيَتاه مجبوب.
انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٥ .

(٢) المجبوب : هو من جُبَّ ذكره ،مشتقٌ من الجبِّ وهو القطع .
انظر : تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٥٦ .
وسيأتي ذكر هذه العيوب في الباب الثالث والعشرين .

(٣) سورة النساء : آية ٣ .

(٤) انظر : المدونة ١٩٨/٢،١٩٩ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٥) وجه الاستدلال بالآية : أنه لم يفرق فيها بين الحر والعبد .

(٦) انظر : المدونة ١٩٨/٢–٢٠٠ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٧) سورة النساء : آية ٢٥ .

إلى مايوجبها[١] .

قال مالك : وأجله في العِنَّة والاعتراض[٢] والإيلاء نصف أجل الحر .

ـ **قال الشيخ** : لأنه مما يجرُّ إلى الطلاق ـ

قال مالك : وكذلك سائر حدوده ، وكفارته في الظهار والإيلاء وفي كل الكفارات كالحر[٣] .

ـ **قال الشيخ** : لعموم الآية[٤] ـ

قال مالك : إلا أنه لايجزيه العتق في الكفارات ، إذ الولاء لغيره[٥] .

قال مالك : والصوم له[٦] في كفارة اليمين أحب إلي ، فإن أطعم أو كسا بإذن سيده رجوت أن يجزيه .

واستثقل مالك أن يتزوج العبد ابنة مولاه[٧] .

قال الشيخ : وإنما استثقله مالك خوفاً أن يَهلك مولاه فترثه ابنته وتملك العبد وينفسخ النكاح[٨] .

---

(١) أي أن الطلاق قد يكون سبباً في وقوع المطلق فيما يوجب الحد كالزنا ونحوه .

(٢) الاعتراض من العيوب الخاصة بالرجال ، يقال : اعترض عن امرأته ، أي ليس يستطيع وطأها ولامسيسها ، كأن شيئاً اعترضه أمام ذلك .
انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٥ .
وقال ابن عرفة : المعترِض من هو بصفة من يطأ وربما كان بعد وطء ، أو عن امرأة دون أخرى .
شرح حدود ابن عرفة ٢٥٤/١ .

(٣) أي من غير تنصيف . انظر : المدونة ٢٠٠/٢ .

(٤) أي الآية الدالة على وجوب كفارة الظهار وكفارة اليمين .

(٥) فيكفر بالصيام أو الإطعام .

(٦) "له" ليست في أ ، ب ، و"له" أي للعبد .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٢٠٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٨) لأن النكاح ينفسخ بملك أحد الزوجين صاحبه ، وقد بين المؤلف رحمه الله هذه المسألة في الباب الذي بعد هذا .

وأجاز ابن القاسم للعبد والمكاتب أن يتزوج ابنة مولاه[١] .

قال الشيخ : لأنه حين النكاح ليس بعبدٍ لها ، فنكاحه جائزٌ ، ولايراعى موت سيده ، لأن من أصلنا ألاّ يُترك أمرٌ واجبٌ لأمر قد يكون أو لايكون[٢] .

[فصل ٣ ـــ في الصداق في نكاح العبد]

قال ابن القاسم : ومن زوج عبده فالمهر على العبد إلا أن يشترطه السيد على نفسه[٣] .

قال الشيخ : لأن سبيل العوض أن يكون على المُعَوِّض[٤] إلا أن يكون شرط فَيُعمل عليه .

قال ربيعة : وإن خطب عليه السيد وسمى [صداقاً][٥] فالصداق على السيد وإن أذن له فنكح فذلك على العبد ، فللحرة ماسمى ، وكذلك للأمة / إلا أن يجاوز ثلث قيمتها[٦] . [٦٢/ب]

قال الشيخ : ووجه هذا:أنه إذا خطب عليه وسمى فهو كالوكيل على الشراء فالثمن عليه[٧] وإن قال : أشتري لفلان ، إلا أن يقول : فلانٌ يَنقُدُك دُوني[٨] ، وإن أذن له فنكح فالعبد هو المشتري وعليه الثمن[٩] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٠٠ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٢) وهو موت السيد هنا .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٠٠ .

(٤) اي الذي يدفع العوض .

(٥) من المدونة .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٠٠ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٧) أي على السيد .

(٨) أي فلايكون الثمن عليه وإنما يكون على فلان .

(٩) أي وعليه المهر قياساً على الشراء .

وقوله[١] في الأمة : إلا أن يجاوز ثلث قيمتها ، فكأنه رأى أن ذلك أعلى صداق الأمة ، لأن النكاح إنما عمدة الغرض فيه الوطء ، فشبّه الوطء بالجائفة[٢] التي فيها ثلث الدية[٣] ، وفي الأمة ثلث القيمة[٤] .

قال الشيخ : وقول ربيعة كله خلاف لقول مالك[٥] .

ومن المدونة : وإذا تزوج عبد أو مكاتب بغير إذن سيده ونقد المهر وبنى ، فللسيد فسخه ، ويترك للزوجة ربع دينار ، وترد مابقي ، فإن أُعدمت أُتبعت به[٦] .

فإن عتق العبد أو أدى المكاتب اتبعته الزوجة بما أدت إن غرّها ، وإن بيّن لها أو أخبرها أنه عبد فلاشئ لها ، وإن أبطله السيد عنه أو السلطان قبل العتق لم يلزمه شئ إن عتق ، وكذلك ماتداينه العبد بغير إذن سيده[٧] .

وإن لم يعلم السيد بنكاح عبده أو مكاتبه إلا بعد العتق فلاكلام له ، والنكاح ثابتٌ ، وكذلك ماأعتقه أو وهبه أو تصدق به .

وكل مالزم ذمة العبد ـ يريد من صداق نكاح بإذن السيد أو تجارة أذن له فيها ـ فلايأخذه الغرماء من خراجه وعمل يده .

قال ابن القاسم : ولامما فضل من ذلك بيده .

قال مالك : وإنما يأخذون ذلك مما أفاده العبد بهبة أو صدقة أو وصية فإن عتق العبد يوماً ما أُتبع بذلك ، وكل دين لحق المأذون له في التجارة كان دينه فيما

---

(١) أي ربيعة .

(٢) الجائفة من جراح الجسد وهي ماوصلت إلى الجوف من الظهر أو البطن ولو قدر مدخل الإبرة. الفواكه الدواني ٢٠٨/٢ .

(٣) أي بالنسبة للأحرار .

(٤) انظر : التفريع ٢١٢/٢ .

(٥) لأن مالكاً يرى أن المهر على العبد مطلقاً دون التفصيل الذي ذكره ربيعة ، كما تقدم من قول ابن القاسم .

(٦) أي ديناً عليها .

(٧) أي لايلزمه منه شئ إن أبطله السيد أو السلطان .

في يديه وفي كسبه في التجارة دون خراجه وعمل يده ، ويَضـرب فيـه السـيد بدينـه مع الغرماء[1] .

يريد : ماداينه به لاماستنجده به .

---

(١) انظر : المدونة ٢/١٩٩،٢٠١ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

[الباب العشرون]
في ملك أحد الزوجين صاحبه
وهما عبدان أو حران

وأجمعوا أنه لايجوز نكاح بين امرأة وعبدها أو بين حرٍّ وأمته ، فوجب بذلك إذا ملك أحد الزوجين صاحبه بعد النكاح أن يفسخ النكاح ، ولايجتمع ملك ونكاح[١] .

قال الشيخ : وإنما لم يجتمع ملك ونكاح لأن الحقوق فيه تتعارض ، فيؤدي ذلك إلى بطلانها ، وذلك أن الحرة إذا تزوجت عبدها فمعلوم أن نفقة الزوجة على زوجها ونفقة العبد على سيده ، فإذا طلبت الزوجة في هذا نفقتها من زوجها الذي هو عبدها طلبها هو بنفقته ، فأدى ذلك إلى إبطال النفقة عن كل واحد منهما ، وذلك خلاف السنة[٢] ، وذلك إذا تزوج .

ولأن الرجل إذا تزوج أمته فالزوجة لها عليه حق في الوطء ، وليس ذلك للأمة ، فإذا طلبته بالوطء بالزوجية طلبها برفعه عنه بالملك ، ولم يصح لها مرافعته في الإيلاء منها ، فخالف في[٣] ذلك الكتاب[٤] والسنة[٥] وإجماع الأمة ، وبالله التوفيق .

---

(١) انظر : الرسالة ص١٩٩ ، الكافي ٥٤٦/٢ .

(٢) لأن السنة جاءت بأن النفقة حق للزوجة على زوجها ، قال عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع : "اتقوا الله في النساء فإنهن عَوانٌ عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" .
أخرجه مسلم ، كتاب الحج ، باب حجة النبي صلى الله عليه وسلم ٨٨٩/٢ رقم (١٢١٨) .

(٣) "في" ليست في ز .

(٤) لعله يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٨ .
وقوله : ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ . سورة النساء : آية ١٩ .

(٥) لعله يشير إلى مايدل على حق المرأة في الوطء من السنة ، ومن ذلك قوله عليه الصلاة والسلام لعبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما : "وإن لزوجك عليك حقا" .
أخرجه البخاري ، كتاب الصوم ، باب حق الجسم في الصوم ٢٤٥/٢ ، ومسلم ، كتاب الصيام ، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوّت به حقا ٨١٣/٢ رقم (١١٥٩) .

قال مالك : وإذا اشترى المكاتب والمأذون له زوجته انفسخ النكاح فسخاً بغير طلاق[١] .

قال الشيخ : لأنه أمرٌ مجتمعٌ على فسخه ، فهو كمتزوج الخامسة أو أخته من الرضاعة .

قال مالك : ويطؤها بملك اليمين[٢] .

قال مالك : وإذا اشترت المرأة زوجها بعد البناء فسخ النكاح[٣] .

قال ابن القاسم : وتتبعه بمهرها ، لأن مالكاً قال فيمن داين عبداً ثم اشتراه : أنه يتبعه بدينه ، قال : وإن اشترته قبل البناء فلامهر لها[٤] . / [٦٣/أ]

قال سحنون : ألا[٥] ترى أنها وسيده اغتزيا[٦] فسخ نكاحه ، فلايجوز شراؤها له، وتبقى له زوجة ، إذ الطلاق بيده ، فلاتخرج من عصمته بالضرر[٧] .

وفي النكاح الثاني شيئ من هذا[٨] .

قال مالك : ولايتزوج الرجل مكاتبته ولاأمته[٩] ، ولاالمرأة مكاتبها وهو عبده مادام في حال الأداء ، لابأس أن يرى شعرها إن كان وَغْدَاً دنيئاً لاخَطْبَ له ، وإن كان له خطبٌ ومنظرٌ فلايرى شعرها ، وكذلك عبدها .

قال مالك :وإن كان عبداً لها فيه شركٌ فلايرى شعرها وَغْدَاً كان أو غير وَغْد[١٠] .

---

(١) أي أنهما لايتراجعان إلا بنكاح جديد .
انظر : المدونة ٢/٢٠٠ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .
(٢) المدونة ٢/٢٠٠ .
(٣)،(٤) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٠١،٢٠٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .
(٥) في ز زيادة "أن" .
(٦) أي قَصَدا ، انظر : اللسان ، مادة (غزا) .
(٧) انظر : المدونة ٢/٢٠٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .
(٨) وهو في الباب السابع عشر منه .
(٩) "ولاأمته" ليست في أ ، ب .
(١٠) انظر : المدونة ٢/٢٠٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

قال ابن القاسم : والوَغْد الذي لامنظر له ولاخطب .

قال : ولايتزوج الرجل أمة ولده وإن كان الأب عبدًا وكأنها أمته ، إذ لو زنى بها لم يحد[١] ، وجائزٌ أن يتزوج[٢] أمة والده أو أمة أُمّه أو أخيه ، إذ لو زنى بها حُد[٣] .

قال[٤] : وإذا اشترى الولد زوجته من أبيه لم تكن بما ولدت منه قبل الشراء ولابحمل إن كان بها يوم الشراء أم ولد ، لأن ذلك الحمل قد عتق على جده[٥] ، ولو كانت أمة أجنبيٍّ فاشتراها وهي حاملٌ كانت به أم ولدٍ ، لأنه عليه عَتَق[٦] .

وقال غيره : لايجوز للابن شراؤها ، لأن مافي بطنها قد عتق على جده[٧] . وهذه[٨] في كتاب أمهات الأولاد مُستوعَبة .

قال ابن القاسم : وإذا كان للعبد المأذون له في التجارة أو المحجور عليه أمةٌ فأراد سيده أن يزوجها منه ، فوجه الشأن في ذلك ـ وهو أحب إلي ـ أن ينتزعها منه ثم يزوجها له بصداق ، فإن زوجها إياه قبل أن ينتزعها فالنكاح جائز ، وكان ذلك انتزاعا ، وكذلك إن أراد السيد أن يطأها فأحب إلي أن ينتزعها منه ثم يطؤها ، فإن وطئها قبل أن ينتزعها منه كان ذلك انتزاعاً[٩] .

---

(١) لشبهة الملك .

(٢) في ز زيادة "الولد" .

(٣) انظر : المدونة ٢٠٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .
وفيه زيادة : أمة زوجته .
وفي المدونة : قال سحنون : أرأيت الرجل أيجوز له أن يتزوج أمة امرأته؟ قال ابن القاسم : نعم في رأيي ، لأن مالكا قال : من زنى بأمة امرأته رجم .

(٤) أي مالك .

(٥) أي جد الحمل ، وهو سيد الأمة .

(٦)،(٧) انظر : المدونة ٢٠٢/٢،٢٠٣ .

(٨) أي مسألة شراء الولد زوجته من أبيه .

(٩) أي وطؤها .
انظر : المصدر نفسه ٢٠٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

[الباب الحادي والعشرون]
في نكاح الحر الأمة ونكاحه إياها على الحرة أو الحرة عليها وكيف إن كان عبدا ، وفي تسري العبد والمكاتب ونكاحه

[فصل ١ ـــ في نكاح الحر الأمة]

قال الله تعالى : ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ إلى قوله : ﴿ذَلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ﴾[١] فعلّقه بشرطين ، عدم الطّول ، وخشية العنت[٢] .

قال ابن حبيب : وهي[٣] محكمةٌ فلاتحل له الأمة إلا بعد عدم الطول ، وخوف العنت ، وهو الزنا ، وهو قول علي وابن عباس وابن مسعود[٤] وأصحاب مالك ، ورواه ابن وهب عن مالك .

قال غيره[٥] : وقد اختُلف في نسخها[٦] .

وكان من قول مالك فيمن تزوج أمةً على حرةٍ وهو يجد طولاً أن يفرق بينهما وإن خشي العنت ، قال : ويضرب ، ثم رجع فأجازه وجعل الخيار للحرة ، وقال : لولا ماقاله مَنْ[٧] قبلي من العلماء رضي الله عنهم ـ يريد ابن المسيب[٨]

---

(١) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٢) انظر : التفريع ٢/٤٥ ، المعونة ٢/٧٩٦ .

(٣) أي الآية السابقة .

(٤) أثر ابن عباس أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في نكاح إماء المسلمين ٧/٢٨٢ رقم (١٣٩٩١) ، أما أثر علي وابن مسعود فأخرجهما في المدونة ٢/٢٠٥ .

(٥) أي غير مالك .

(٦) النوادر والزيادات ل٢٥٠/ب ، ٢٥١/أ .

(٧) "من" ليست في ز .

(٨) قال سعيد : إن نكح الأمة على الحرة خيرت الحرة ، فإن أحبت أن تقر عنده فلها مثلا ماللأمة من قسمة ونفقة وإن شاءت فرق بينه وبين الأمة .
أخرجه عبد الرزاق ، باب نكاح الأمة على الحرة ٧/٢٦٦ رقم (١٣٠٩٤) .

وغيره - لأجزته[١] ، لأنه حلالٌ في كتاب الله جل وعز[٢] .

قال الشيخ : يريد قوله تعالى : ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾[٣] .

قال ابن القاسم[٤] : فللحر أن يتزوج من الإماء مابينه وبين أربع ، وذلك إذا لم يجد طولاً لحرةٍ وخشي العنت ، وذلك للعبد وإن لم يخش العنت[٥] .

قال عبد الوهاب : لنقصه بالرق كَهي ، ولأنه لاعار عليه في استرقاق ولده ، لأن ذلك ليس بأكثر من استرقاق نفسه ، وليس للحر استرقاق ولده مع الاستغناء عنه[٦] .

قال : وللعبد عندنا أن يتزوج أربع حرائر أو إماء[٧] خلافاً لأبي حنيفة[٨] [والشافعي][٩] لقوله تعالى : ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ الآية[١٠] فعم[١١].

---

(١) أي لأجزت نكاح الأمة على الحرة مطلقا من غير تخيير للحرة .

(٢) انظر : المدونة ٢٠٤/٢ ، تهذيب الطالب ل١٢/ب .

(٣) سورة النور : آية ٣٢ .
قال ابن المواز : أراه - أي مالك - يعني قوله تعالى : ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ . النوادر والزيادات ل٢٥١/أ .
ووجه الاستدلال بالآية أنها عامة في إباحة نكاح الإماء سواء عنده حرة أم لا .

(٤) "ابن القاسم" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢٠٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٦) انظر : المعونة ٧٩٧/٢ .

(٧) انظر : الرسالة ص١٩٩، ٢٠٠ ، التفريع ٤٥/٢ .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص١٧٦ ، مختصر القدوري مع شرحه ٢٣/٣ .

(٩) من المعونة ، انظر : مختصر المزني ص١٨٠ ، التنبيه ص١٦١ .

(١٠) وتتمتها : ﴿مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ، فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ . سورة النساء : آية ٣ .

(١١) أي فعمَّ الخطاب الأحرار والعبيد . انظر : المعونة ٧٤٣/٢ .

[فصل ٢ ــ في نكاح الحر الأمة على الحرة أو الحرة عليها]

ومن المدونة : قال مالك : ولاينكح الحر أمةً على حرة / فإن فعل جاز [٦٣/ب] النكاح وخيرت الحرة في أن تقيم معه أو تختار نفسها .

ابن وهب : وكره ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما أن ينكح على الحرة أمة ، وأن يجمع بينهما[١] ، وقاله جابر بن عبد الله رضي الله عنه[٢] ، وقال : وله أن ينكح الحرة على الأمة[٣] .

قال ابن المسيب : إذا تزوج الحرة على الأمة ولم تعلم الحرة فهي بالخيار في أن تفارقه أو تقيم معه ويكون لها الثلثان من نفسه وماله[٤] ، وقاله ابن شهاب[٥] .

قال ابن القاسم : فإذا تزوج الحرة على الأمة ، ولم تعلم فاختارت فراقه فلانقضي إلا بواحدة وتكون بائنة ، بخلاف خيار المعتقة[٦] .

ـ قال ابن المواز : فإن فسخت بالثلاث لزمت وقد أساءت ، وقاله أصبغ ـ .

قال مالك : وإن رضيت بالمقام مع زوجها ساوى بينهما في القسم[٧] .

ورأى ابن المسيب أن للحرة الثلثين[٨] .

---

(١) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب نكاح الأمة على الحرة ٤٢٣/٢ رقم (٢٨) .

(٢) أي لاتنكح الأمة على الحرة .

(٣) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب لاتنكح الأمة على الحرة وتنكح الحرة على الأمة ٢٨٥/٧ رقم (١٤٠٠٤) .

(٤) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب نكاح الأمة على الحرة ٤٢٣/٢ رقم (٢٩) .

(٥) انظر : المدونة ٢٠٤/٢ .

(٦) وهي الأمة التي تعتق تحت عبد ، فإنها إن اختارت فراقه قضي بالثلاث ، وقد تقدمت هذه المسألة ، انظر ص٩٥ .

(٧) لأن القسم حق من حقوق الزوجة فوجب أن تستوي فيه الحرة والأمة كالنفقة والكسوة . انظر : المصدر نفسه ٢٠٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٨) كما سبق من قوله .

قال عبد الوهاب : وقال عبد الملك[١] : الحرة مخيرة في أن تجيز نكاح الأمة أو تفسخه ، فوجه قول مالك[٢] : أنها لها إزالة الضرر عن نفسها بما لاتضر به غيرها ، فإما أقامت أو فارقت فلاسبيل لها على نكاح الأمة[٣] .

ووجه قول عبد الملك : أن الضرر الذي دخل عليها كون الأمة ضرةً لها ، فلها أن تزيله ، وأما الخيار في فسخ نكاح نفسها ، فليس ذلك إزالة ضررٍ بل زيادةٌ فيه[٤] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن تزوج على الحرة أمةً فرضيت ثم تزوج عليها أخرى فأنكرت كان لها الخيار أيضاً .

قال مالك : ولابأس بنكاح حرةٍ على أمة ، وللحرة الخيار إن لم تكن علمت أن تحته أمة .

قال ابن القاسم : فإن كان تحته أمتان فعلمت بواحدةٍ فلها الخيار بعد علمها بالأخرى ، فإن رضيت فلها ثلث القسم .

قال مالك : وإنما جعلنا للحرة الخيار في ذلك لما قالت العلماء[٥] ، ولولا ماقالوه لرأيته حلالاً ، لأنه في كتاب الله حلال .

قال سحنون : هو قوله تعالى : ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾[٦] .

وقال ابن القاسم : إنما جعلنا الخيار للحرة إذا تزوج عليها أمة ، أو تزوجها هي على الأمة والحرة لم تعلم ، لأن الحر ليس من نكاحه الأمة إلا أن يخشى العنت[٧] ، فإذا خشي العنت وتزوج أمةً كانت الحرة بالخيار[٨] .

---

(١) أي فيما إن نكح أمة على حرة .

(٢) وهو أن الخيار للحرة في أن تقيم مع زوجها أو تفارقه وقد تقدم قريباً .

(٣) أي بفسخه ، لأن في ذلك إضرار بغيرها .

(٤) انظر : المعونة ٧٩٨/٢ .

(٥) يريد سعيد بن المسيب وغيره ، وقد تقدم ذكرذلك أول الباب .

(٦) سورة النور : آية ٣٢ .

(٧) لقوله تعالى بعد اشتراط عدم الطول لنكاح الحر الأمة : ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ . سورة النساء : آية ٢٥ .

(٨) انظر : المدونة ٢٠٤/٢،٢٠٥ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

وقال عبد الوهاب : إنما كان للحرة الخيار للنقص الداخل عليها بأن تكون ضرتها أمة .

قال : وإذا تزوج الحرة على الأمة ولم تكن علمت فقيل : لها الخيار بين أن تقيم أو تفارق .

وقيل : لاخيار لها .

فوجه أن لها الخيار فلرفع الضرر عنها بأن تكون ضرتها أمة .

ووجه أن لاخيار لها فلأنها فرطت في استعلام ذلك[١] .

قال الشيخ : فصار في نكاحه[٢] الأمة على الحرة ثلاثة أقوال :

قول : أن الحرة مخيرة في أن تقيم أو تفارق ، والثاني : أن تقيم مع الأمة أو تطلقها عليه ، والثالث : أنه يفسخ على كل حال .

وصار في نكاحه الحرة على الأمة قولان :

أحدهما : إن لم تعلم الحرة خيرت الحرة بين[٣] أن تقيم أو تفارق .

والثاني : لاخيار للحرة .

وذكر في الواضحة أحاديث عن عمر وغيره من الصحابة إذا تزوج الحرة على الأمة فرق بينه وبين الأمة[٤] ، واختار ذلك عبد الملك بن حبيب واستحسنه .

(٥قال : إلا ألا يكتفي بالحرة ولايجد ماينكح به حرة أخرى فلاتحرم عليه الأمة التي عنده٥)[٦] .

---

(١) قال عبد الوهاب : وكل هذا إذا كان الزوج حراً .
انظر : المعونة ٢/٧٩٨،٧٩٩ .

(٢) أي الحر .

(٣) "بين" ليست في ز .

(٤) أخرجه سعيد ، باب نكاح الأمة على الحرة والحرة على الأمة ١/١٩٨ رقم (٧٤٢) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب من زعم أن نكاح الحرة على الأمة طلاق الأمة ٧/٢٨٥ رقم (١٤٠٠٧) عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : نكاح الحرة على الأمة طلاق الأمة .

(٥) ساقط من أ ، ب .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥١/أ ، ب .

فصل [٣ ــ في شروط نكاح الحر الأمة]

ومن المدونة : قال ابن وهب : قال مالك :ويجوز للحر أن ينكح أربع مملوكات إذا كان على ماذكره الله تعالى في كتابه في قوله[١] : ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾[٢] .

قال : والطَّول عندنا المال ، فمن لم يستطع طولاً وخشي العنت فقد أرخص الله له في نكاح/ أمةٍ مؤمنةٍ. [٦٤/أ]

وروى ابن وهب وابن القاسم وعلي بن زياد عن مالكٍ أنه قال : لاينبغي للحر أن يتزوج أمةً وهو يجد طولاً لحرة ، ولافي عدم الطول إلا أن يخشى العنت كما قال الله تعالى .

وقال غيره[٣] : لاينكح أمةً على حرةٍ إلا أن تشاء الحرة ، وهو لاينكحها على حرة ، ولاعلى أمة ، وليس عنده شيئ[٤] ، ولاعلى حالٍ إلا أن يكون ممن لايجد طولاً وخشي العنت .

قال مالك : وليس الحرة تحته بطولٍ يمنعه نكاح أمةٍ إذا خشي العنت ، لأنه لايتصرف فيها تصرف المال فينكح بها .

قيل لابن القاسم : فإن لم يخش على نفسه العنت وتزوج أمة؟

قال : كان مالك يقول : ليس له أن يتزوجها إذا لم يخش العنت ، وإن كان تحته حرةً فلايتزوج أمة ، فإن تزوجها على حرةٍ فرق بينه وبين الأمة ، ثم رجع فقال : إن تزوجها خيرت الحرة[٥] .

---

(١) "في قوله" ليست في ز .

(٢) سورة النساء : آية ٢٥ .

أي يكون الحرمن لايجد طولاً ، ويخشى العنت على نفسه .

(٣) وهو ابن نافع عن مالك .

(٤) "وليس عنده شيئ" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ٢٠٥/٢ .

قال عبد الوهاب : فوجه القول الأول[1] بأنه يفرق بينه وبين الأمة ، لأن الحرة تحته من الطول ، لأن الطول كونه قادراً على صداق الحرة ، فكون الحرة تحته أولى بأن تكون طَولاً .

ووجه قوله أنه يصح وتخير الحرة : أن الطول القدرة على صداق حرة ، لاعلى حرةٍ متقدمةٍ كما قال مالك ، لأنه لايتصرف فيها تصرف المال فينكح بها[2].

فصل [٤ ـــ في نكاح العبد حرة على أمة ، أو أمة على حرة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذانكح عبدٌ حرةً على أمةٍ ، أو أمةً على حرةٍ فلاخيار للحرة ، لأن الأمة من نسائه .

قال مالك : ويقسم العبد بين الحرة والأمة بالسواء[3] .

فصل [٥ ـــ في تسرِّي العبد والمكاتب]

وللمكاتب والعبد التسري في أموالهما بغير إذن السيد[4] .

ابن وهب : وقاله غير واحدٍ من العلماء والتابعين[5] .

قال الشيخ : يريد إذا كان العبد مأذوناً له في التجارة ، وأما المحجور فلا إلا بإذنه .

قال مالك في المختصر الكبير : إن كان بيد العبد مالٌ للسيد فليس له أن يتسرَّى فيه وإن أذن له إلا أن يهب له المال فله حينئذٍ أن يتسرَّى وإن لم يذكر له التسري فيه[6] [7] .

---

(١) "الأول" ليست في ز .

(٢) انظر : المعونة ٧٩٨/٢ .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ٢٠٦/٢ ؛ تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٥) كابن شهاب ويحيى بن سعيد . انظر : المدونة ٢٠٦/٢ .

(٦) "فيه" ليست في ز .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٠/ب .

فصل [٦ ـــ في نكاح المكاتب والمكاتبة بغير إذن السيد]

قال ابن القاسم : ولايتزوج مكاتبٌ ولامكاتبةٌ بغير إذن السيد لرجاء فضلٍ أو غيره ، لأن ذلك يعيبهما إذا عجزا[١] ، فإن فعلا فللسيد فسخه .

ولايجوز لمن عليه رقٌّ لغيره أن ينكح إلا بإذن من له الرق فيه[٢] ، قال الله تعالى ﴿فَانْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[٣] .

---

(١) أي عجزا عن أداء دين الكتابة .

(٢) انظر : المدونة ٢٠٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٤ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٥ .
والمستدل بالآية المؤلف وليس ابن القاسم كما يظهر من السياق .

[الباب الثاني والعشرون]
في الأمة والحرة والعبد يغرون[1] من أنفسهم أو يغر منهم أجنبي

[فصل ١ ـــ في الأمة تَغُرُّ من نفسها وحكم ولدها]

وقد قضى عمر وعثمان في ولد الأمة الغارَّة لسيدها بمثلهم[2] .

قال مالك : وذلك يرجع إلى القيمة[3][4] .

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً أخبرته أنها حرةٌ ثم علم قبل البناء أنها أمةٌ أذن لها السيد أن تستخلف رجلاً على إنكاحها ، فللزوج الفراق ، ولاصداق لها ، وإن كان قد بنى بها فلها المسمى إلا أن يزيد على صداق المثل فلترد مازاد[5] .

قال ابن القاسم : وإن شاء ثبت على نكاحها وكان لها المسمى[6] .

قال الشيخ : وبيانه أن لها الأقل من المسمى أو صداق المثل .

قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز : فإن نقص المسمى عن صداق المثل فعلى الزوج تمامه .

وقال أشهب : لاشيء عليه فيما نقص عن ذلك ، ولاحجة للسيد / كما لو زنى بها طائعةً[7] . [٦٤/ب]

---

(١) الغَرور لغة : مشتقٌ من غَرَّه يَغُرُّه غَرّاً وغُروراً وغِرَّةٌ فهو مَغْرُورٌ وغرير ، والمعنى : خدعه وأطمعه بالباطل . انظر : اللسان ، مادة (غَرَرَ) .
والغرور في النكاح عرَّفه ابن عرفة بأنه : إخفاء نقصٍ معتبرٍ بأحد الزوجين بذكر ثبوت نقيضه أو تقررُ عُرفٍ بثبوته . شرح حدود ابن عرفة ٢٥٤/١ .

(٢) أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الأمة تغر الحر بنفسها ٢٧٧/٧، ٢٧٨ رقم (١٣١٥٥، ١٣١٥٧) .

(٣) لأن العبد لايؤتى بمثله ولابنحوه . انظر : سنن البيهقي ٣٥٨/٧ .

(٤)،(٥)،(٦) انظر : المدونة ٢٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/أ .

قال الشيخ : يريد : فلايكون عليه شئ ، فكذلك مازاد على المسمى لاشئ للسيد فيه .

قال الشيخ : وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة[(١)] .

ومن العتبية : قال أصبغ : قال ابن القاسم : وإذا قال الزوج : ظننتها حرة ، فهو على قوله ، قال أصبغ : والسيد مدَّعٍ فعليه البينة[(٢)] ، وليس على الزوج بينةٌ أنه نكح على أنها حرة[(٣)] .

قال في كتاب محمد[(٤)] : وإذا زوج الحر امرأةً ولم يشترط أنها حرة فله الخيار إذا ظهر أنها أمة .

قال أصبغ في العتبية : ولو أقر الزج الآن أنه نكحها عالماً أنها أمة ، وقد فشا أنها غرته من الحرية ، والسماع على ذلك أو الشك فلايصدق الأب على مايدفع عن نفسه من غرم قيمة ولده ويريد إرقاقهم[(٥)] .

ومن المدونة : قال مالك : وللسيد على الأب قيمة الولد يوم الحكم ، ولاشئ على الأب فيمن مات منهم قبل ذلك[(٦)] ، ومن قَتَل ولدها فأخذ الأب منه دية حر ، ثم استحقَّت[(٧)] الأم فعليه الأقل من قيمته يوم القتل عبداً أو ماأخذ في ديته[(٨)] .

---

(١) كما تقدم ، وإنما يرد مازاد على المسمى إلى الزوج .

(٢) أي على أنه علم أنها أمة .

(٣) فالقول قوله ، لأن نكاحه إياها بإذنها ورضاها شاهد على أنه إنما تزوجها على أنها حرة .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٧٣/٥، ٧٤ .

(٤) "قال في كتاب محمد" ليست في ز .

(٥) وهم أحرار .
انظر : المصدر نفسه ٧٤/٥ ، النوادر والزيادات ل٢٥٢/أ .

(٦) أي قبل أن يستحقهم سيد أمهم .

(٧) الاستحقاق لغة : مصدر استحق ، ومعنى استحق الشئ : استوجبه .
انظر : اللسان ، مادة (حقق) .
وشرعاً : رفع ملك شئ بثبوت ملكٍ قبله أو حرية كذلك بغيرعوض .
شرح حدود ابن عرفة ٤٧٠/٢ .

(٨) انظر : المدونة ٢٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

ابن المواز : وقال أشهب : لاشيء للمستحق من قيمة الولد ، كما لـو اقتص الأب من قاتله ، أو هرب قاتله ، وكما لو مات الولد وترك مالاً كثيراً لكـان ذلـك لأبيه خاصة .

قال أصبغ : إذا قتل الولد فـأخذ الأب ديتهـم فاستهلكها ثـم أعـدم في قيـام السيد فلايرجع السيد على غارم الدية بشيء ، لأنه ودى ذلك بحكم لزمه[١] .

ومن المدونة : وإن استُحِقَّت وفي بطنها جنينٌ فعلى الأب قيمته يـوم الوضـع وهو حر ، ولو ضرب رجلٌ بطنها قبل الاستحقاق أو بعده فألقت جنيناً ميتاً فللأب عليه غرة عبد أو وليدة[٢] ، لأنه حر ، ثم للمستحق على الأب الأقـل مـن ذلـك أو من عُشْر قيمة أمـه يـوم ضُربـت ، ولايكـون علـى الأب أكـثر ممـا أخـذ ، ولاعلـى الضارب أكثرمن الغرة[٣] .

ابن المواز : وقال أشهب : لاشيء للمستحق كما قال في القتل .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : قال مالك[٤] : وولدها لاحق النسـب ، لـه حكم الحر في النفس والجراح[٥] ، وفيه الغرة قبل الاستحقاق وبعده .

وإن استحقت الأمة بعد موت زوجها ولم يدَع مالاً ، أو كـان زوجهـا حيـاً وهو عديمٌ وله منها ولد موسر ، فللمستحق على الولد قيمتـه[٦] ، وإن كـان عديمـاً فذلك عليه إن أيسر ، وقيل : لاشيء على الولد من قيمة نفسه .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/أ .

(٢) قوله : غُرَّة عبد أو وَليدَة ، أي العبد نفسه أو الوليـدة نفسـها ، وعـبَّر عنهمـا بـالغُرَّة ، والغرة البياض ، وكل شيء يضِـيء عنـد العرب غُـرَّة . انظر : غـرر المقالـة في شـرح غريـب الرسـالة ص٢٣٩ .

قال ابن عرفة : الغُرَّة : دية الجنين المسلم الحر حكماً يلقى غـير مسـتهل بفعـل آدمـي . شـرح حدود ابن عرفة ٦٢٣/٢ .

(٣) لأنه حر . انظر : المدونة ٢٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٤) "قال مالك" ليست في ز .

(٥) فديته دية حر وإن كانت قيمته أضعاف الدية ، ويقتل مـن قتلـه مـن الأحـرار عمـداً ، وتحمـل العاقلة الخطأ فيهم ، وعلى العاقلة ماجنوا . انظر : المدونة ٢٠٧/٢ .

(٦) لأن الغرم إنما كان على أبيه لمكان رقبته ، فإن لم يوجد عند الأب شيء كان ذلك عليه إن كـان مليئا . انظر : المصدر نفسه ٢٠٨/٢ .

قال ابن القاسم : والقول فيها وفي ولدها كالقول في المستحقة بيد مشترٍ[١] سواء ، وذلك في كتاب الاستحقاق مستوعب[٢] .

ولو استحق الأمة عم الولد أخذ قيمتهم ، إذ لايعتق عليه بنوا أخيه ولو كان جدهم لم يأخذ قيمتهم ، لأنهم يعتقون عليه ، ولاشيئ له من ولائهم ، لأنهم أحرارٌ ، وإنما أخذت القيمة منهم بالسنة[٣] .

قال ابن المواز في كتاب الغصب : ويكون ولاؤهم لأبيهم[٤] .

قال الشيخ : ولو كان إنما زوَّجه أبوه أمته وهو عالمٌ فهاهنا يكون ولاء ولده لجدهم ، لأنهم عليه عتقوا ، لأنه لو كان الزوج أجنبياً لكانوا لسيد الأمة أرقاء ، فإذاكان ولده عتقوا على الجد لأنهم ولد ولده ، وفي الغارة هم أحرارٌ ، وفي الولد وفي الأجنبي لم يعتقوا على أحدٍ ، وإنما أخذت القيمة فيهم بالسنة ، فالموضع الذي يكونون فيه أحراراً يكون ولاؤهم في مسألة الولد للوالد[٥] ، والموضع الذي يكونون فيه أرقاء يكون في مسألة الولد ولاؤهم لجدهم .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو غرَّت أمة الأب ولده / فتزوجها [٦٥/أ] فولدت منه ثم استحقها الأب فلاشيئ له من قيمة ولدها ، إذ لو ملكهم عتقوا عليه وكذلك إن غرت أمة الولد والده فتزوجها فولدت منه[٦] .

---

(١) وهي التي اشتريت على أنها أمةٌ للبائع ثم تبيَّن أنها أمةٌ لغيره .

(٢) "مستوعب" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢٠٧/٢، ٢٠٨ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٤) انظر : مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، تأليف أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب ، ضبط وتخريج زكريا عميرات (بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ) ١٦٤/٥ .

(٥) في أ ، ب "للولد" .

(٦) أي فلاشيئ له من قيمتهم ، قال ابن القاسم : لأن مالكاً قال : إذا ملك الرجل أخاه أو اباه أو ولده أو ولد ولده فهو حر .
انظر : المدونة ٢٠٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

قال سحنون في المجموعة : إذا غرت أمة الابن والده فتزوجها على أنها حرة فإن الأب يغرم قيمتها لولده ، وتكون أم ولد للأب ، وليس للابن أخذها ، ولاشئ على الأب من قيمة الولد ، والتزويج فيها ليس بتزويج .

وأما الابن الذي غرته أمة الأب فهو مثل الأجنبي يكون لها صداق مثلها ، ويأخذها الأب ولاقيمة عليه في الولد[1] .

فصل [٢ ـ في ولد الغارّة إن كانت أم ولد]

ومن المدونة : قال مالك : ولو كانت الغارّة أم ولد فلمستحقها قيمة الولد على أبيهم على رجاء العتق لهم بموت سيد أمهم وخوف أن يموتوا على الرق قبله ، وليس قيمتهم على أنهم عبيدٌ ، لأنهم يعتقون إلى موت سيد أمهم ، ولو مات سيد أمهم قبل القضاء لم يكن لورثته من قيمة الولد شئ ، لأنهم بموت السيد عتقوا[2] .

قال مالك : وإن وجد السيد ولدها مقتولاً فديته لأبيه دية حر ، ويكون لسيد الأمة على أبيه الأقل مما أخذ أو من قيمتهم يوم القتل على الرجاء والخوف[3] .

قال الشيخ : هكذا نقلها أبو محمد : قيمتهم على الرجاء والخوف ، وهو الصواب ، لأن الأب يقول : لو لم يقتلوا ماكان يلزمني إلا قيمتهم على الرجاء والخوف ، فإذا كان ذلك أقل مما أخذت من الدية لم يلزمني غيره .

قال الشيخ : وقال بعض أصحابنا : بل[4] يغرم الأقل مما أخذ أو قيمة الولد عبدا ، لأن ولد أم الولد إذا قتل إنما تجب على القاتل قيمته عبداً[5] .

قال الشيخ : وتشبيهه قتله بما يلزم أباه فيه غلط ، لأن ولد الغارة قد جعل قيمتهم على الأب على الرجاء والخوف تخفيفاً عنه ، بخلاف مايلزم القاتل فيهم .

---

(١) انظر : مواهب الجليل ١٦٤/٥ .

(٢) قبل أن يقضى بالقيمة .

(٣) انظر : المدونة ٢٠٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٤) "بل" ليست في أ .

(٥) انظر : النكت والفروق ل٦٤/ب .

[فصل ٣ ـــ في ولد الغارة إن كانت مدبرة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن غرت مدبَّرةٌ ففي ولدها القيمة على الرجاء [والخوف] (١) أن يعتقوا أو يرقوا ، بخلاف ولد أم الولد(٢) .

قال الشيخ : يريد قيمتهم على أنهم يعتقون بموت السيد إذا حملهم الثلث ولادين على السيد ، أو على أن يعتق ماحمل الثلث منهم ، أو يرقوا إن كان على السيد دين ، أو يموتوا قبل ذلك ، فالخوف في رقهم أشد منه في ولد أم الولد ، لأن العتق إنما يلحقهم في حال(٣) ويمتنع في أحوال ، فلذلك قال : بخلاف ولد أم الولد .

وقال ابن المواز : بل يغرم الأب قيمتهم رقيقاً ، لأنهم يرقون أحياناً ولاينفذ لهم العتق إلا بعد الموت من الثلث ، والعتق فيهم اليوم أوكد من التدبير ، كما لو اشترى رجلٌ مدبّراً فأعتقه وهو لايعلم ، ثم علم أنه مدبرٌ ، ماكان من البائع أن يرد شيئاً من ثمنه على المشتري وإن كان قد غرّه(٤) .

فصل [٤ ـــ في ولد الغارة إن كانت مكاتبة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن كانت مكاتبةٌ غرت من نفسها فولدت فلتؤخذ من الأب قيمتهم(٥) .

ـ قال ابن المواز : عبيداً(٦) ـ .

---

(١) من المدونة .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٠٩ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٣) في ز زيادة "ويمتنع في حال" .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/ب .

(٥) لأنهم إن عتقت أمهم عتقوا بعتقها لأنهم في كتابتها .
انظر : المدونة ٢/٢٠٩ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/ب .

قال ابن القاسم : فتوضع تلك القيمة على يدي رجل [عدل][(١)] فإن عجزت أخذ السيد القيمة ، وإن ودت[(٢)] رجعت القيمة إلى الأب[(٣)] .

قال ابن المواز : واختلف فيه أصحابنا ، وأحب إلي أن تعجل فيه[(٤)] القيمة للسيد فيحسبها في الكتابة إن كانت أقل منها أو مثلها ، وإن كانت أكثر لم يلزم الأب إلا الأقل / من بقية الكتابة ، أو من[(٥)] قيمة الولد . [٦٥/ب]

قال : وزعم ابن القاسم أن القيمة توقف ، والذي يدخل عليه في ذلك أن يقال : أليس كل ماولدته المكاتبة مدة الكتابة[(٦)] داخل في كتابتها؟ فكتابتها أحق بقيمة ولدها ، كما لو قتل ، وكما لو أعتقه السيد وهو ممن يسعى برضى الأم لسقط عنها مايقع عليه من الكتابة ، وولد هذه المستحقة دخله عتق لابد منه ، وقد كان في كتابة أمه لولا هذه الحرية ، فقيمته عوض منه .

قال ابن المواز : وأما المعتقة إلى أجل فولدها بمنزلتها ، وعلى الأب قيمتهم على أنهم أحرار إلى ذلك الأجل[(٧)] .

قال ابن المواز : وإنما لزم الأب في ولد المستحقة قيمتهم يوم الحكم ، لأنه ليس بغاصب ، وقد قال عمر وعثمان : إنه يحكم لمستحق أمهم بأمثالهم[(٨)] ، فجعلت القيمة موضع ذلك ، قال مالك : القيمة أعدل .

---

(١) من المدونة .
(٢) أي أدت دين الكتابة .
(٣) انظر : المدونة ٢/٢٠٩ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .
(٤) "فيه" ليست في ز .
(٥) "من" ليست في ز .
(٦) "مدة الكتابة" ليست في أ ، ب .
(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/ب .
(٨) سبق تخريجه ص١٥٠ .

فصل [٥ ــ في المغرور إن كان عبدا]

ومن المدونة : قال ابن القاسم[١] : وإن غرت الأمة عبداً أنها حرةٌ فتزوجها فولدت منه ، فولدها يرق برقها ، إذ لابد من رقّه مع أحد الأبوين ، فجعلتهم تبعاً للأم ، لأن العبد لايغرم قيمتهم[٢] .

قال في كتاب ابن المواز : ويرجع العبد على من غرّه بالمهر ، ثم لايرجع من غره عليها ، وإن لم يغره منها أحدٌ رجع عليها بالفضل على صداق مثلها ، لحجته أنه رغب في حرية ولده ، وهذا إن اشترط أنها حرةٌ ، أو ظهر وجهٌ عُلِم به أنه عمل على أنها حرة ، وإلا فلايرجع بشيءٍ من الصداق ، بخلاف الحر[٣] لايشترط حريتها ثم يظهر أنها أمة[٤] .

فصل [٦ ــ في الغار إن كان أجنبيا]

ومن قال لرجل : فلانة حرة ، ثم زوجها إياه غيره فولدت أولادا ، ثم إنها استحقت أنها أمةٌ فلايكون المخبر هاهنا غارّاً ، ولايرجع الزوج عليه بشيء ، علم المخبر أنها أمةٌ أم لا ، وكذلك إن ولي المخبر العقد ولم يعلم أنها أمة ، وأما إن ولي المخبر العقد وهو يعلم أنها أمة فهاهنا يكون غارّاً ، ويرجع الزوج عليه بما ودى من الصداق[٥] .

ابن المواز : كان المخبر ولياً لها أم لا ، فإنه يغرم إذا علم ثم عقد ، ولايترك لها ربع دينارٍ وكأنه باعه البُضْع فاستُحِق[٦] .

---

(١) في أ ، ب "مالك" .
(٢) انظر : المدونة ٢/٢٠٩،٢١٠ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .
(٣) في جميع النسخ "الحرة" .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/ب .
(٥) انظر : المدونة ٢/٢١٠ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .
(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/أ .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولايرجع عليه بما يغرم من قيمة الولد ، إذ لم يغره من ولده .

قال :ولو أنه إذ غره عالماً وولي العقد أعلمه أنه غير وليٍّ لها لم يرجع عليه الزوج بشيء[١] .

قال الشيخ : لأنه دخل على أمرٍ للولي فيه الخيار عنده وإن لم يعلم أنها أمة.

[فصل ٧ ــــ في العبد يغر من نفسه]

قال مالك : ولو غر عبدٌ حرةً فتزوجته على أنه حر ، وأجاز السيد نكاحه ، فلها أن تختار فراقه[٢] ما لم تدعه يطؤها بعد علمها به أنه عبد .

قال ابن القاسم : وإذا كرهته فرق السلطان بينهما إلا أن يتطوع الزوج بالفراق دونه[٣] .

قال ابن شهاب : ويُجلد العبد نكالاً بما كذبها وخَلَبَها[٤] .

---

(١) لأنه لايعتبر غارّاً هاهنا . انظر : المدونة ٢/٢١٠ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٢) فإن فارقت قبل البناء فلاشيء لها ، وإن بنى بها فلها الصداق ، وإن لم يقل لها : إني حر ، ولاعبد ، فلها الخيار أبدا وهوغار حتى يخبرها أنه عبد .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٢/ب .

(٣) أي فيلزم . انظر : المدونة ٢/٢١٠،٢١١ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٤) قال ابن شهاب ذلك في عبدٍ انطلق إلى حيٍّ من المسلمين فحدثهم أنه حرٌ فزوجوه امرأةً حرةً ولم تعلم بذلك ، فقال : السنة في ذلك أن يفرق بينهما حين تعلم بذلك ، ثم تعتد عدة الحرة المسلمة ويجلد العبد نكالاً لما كذبها وخَلَبَها وأحدث في الدين .
انظر : المدونة ٢/٢١٠،٢١١ .
وقوله : خَلَبَها : أي خدعها . انظر : اللسان ، مادة (خلب) .

ومن كتاب ابن المواز : أنها إذا أقامت سنين مع مكاتب تزوجها ، ثم قالت: لم أعلم أنه مكاتبٌ ، وقد غرَّني ، فلتحلف أنها ماعلمت ولها الخيار .

قال أصبغ : تحلف أنها ماعلمت أنه مكاتبٌ ، ولاينفعها أن تقول : ظننت المكاتب حراً .

قال ابن حبيب : ولو قالت : جهلت أن لي الخيار ، لم تُعذر بذلك[1] .

[فصل ٨ ـ في النصرانية تغر المسلم ، والمسلم يغر النصرانية]

ومن تزوج نصرانيةً ولم يعلم فلاحجة له في ذلك حتى يشترط أنها مسلمة ، أو يظهر ويعلم أنه إنما تزوجها على أنها مسلمةٌ لما كان يسمع منها ، فيكون منها الكتمان وإظهار الإسلام ، فهذا كالشرط ، وأما المسلم يغر النصرانية فيقول لها : إني على دينك ، فيتزوجها ثم تعلم بذلك[2] أن لها الخيار ، لأنه غرها ومنعها من / [٦٦/أ] كثير مايبيحه لها دينها[3] من شرب الخمر وغيره ، قاله مالك .

وقال ربيعة : لاخيار لها وليس الإسلام بعيب[4] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٣/أ .

(٢) "بذلك" ليست في ز .

(٣) "مايبيحه لها دينها" ليست في ز .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل٢٥٣/أ .

[الباب الثالث والعشرون]
ماتُردُّ به المرأة والرجل من عيب ، ومن غر من ذلك
وذكر العنين والخصي والمجبوب

[فصل ١ ـــ فيما تُردُّ به المرأة من العيوب]

روي أن الرسول عليه الصلاة والسلام زوج امرأة من بني غِفار[١] ، فوجد بكَشْحِهَا[٢] بياضًا ، فردها وقال : "دلَّستم علي"[٣] .

ورأى عمر بن الخطاب وعلي رضي الله عنهما وغيرهما ردَّ النساء من العيوب الأربعة : الجنون ، والجذام ، والبرص[٤] ، وعيب الفرج[٥] .

قال الشيخ : ولامخالف لهم ، لأنها عيوب تؤثر في الاستمتاع المقصود ، وتنقص كمال اللذة فوجب أن يثبت معها الخيار ، أصله الجب والعنة[٦] .

---

(١) هكذا في مصادر تخريج الحديث ، وفي نسخ الجامع "بني بياضة" .

(٢) الكشح : هو مابين الخاصرة إلى الضلع الخلفي . انظر : المصباح المنير ص٥٣٤ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب المرأة يتزوجها الرجل وبها برص أو جذام فيدخل بها ٤٧٦/٣ رقم (١٦٢٩٨) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب مايرد به النكاح من العيوب ٣٤٨/٧ رقم (١٤٢١٩) ، والحاكم ، كتاب معرفة الصحابة ٣٦/٤ رقم (٦٨٠٨) .
وهذا الحديث ضعيف تفرَّد به جميل بن زيد الطائي قال البخاري : لم يصح حديثه ، وقال أبو حاتم والبغوي : ضعيف الحديث . انظر : تعجيل المنفعة ص٥٢ رقم (١٤٤) .

(٤) البرص : بالفتح بياض ، داء معروف ، وعلامته أن يعصر اللحم فلايحمر ، وقد بَرِص بفتح الباء وكسر الراء فهو أبرص . تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٥٤ .

(٥) أخرج أثر عمر رضي الله عنه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب مايرد به النكاح من العيوب ٣٤٩/٧ رقم (١٤٢٢٤) .
وأخرج أثر علي رضي الله عنه عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب مارد من النكاح ٢٤٣/٦ رقم (١٠٦٧٧) .

(٦) أي في الرجل بجامع التأثير في الاستمتاع المقصود . انظر : المعونة ٧٧٢/٢ .

قال مالك في كتاب محمد : وسواءٌ كان البرص الذي بالمرأة قليلاً أو كثيراً[١].

قال في المدونة : ولاصداق لها إن لم يبن بها ، وإن بنى بها فلها الصداق ، ويرجع به الزوج على وليها إن كان الذي أنكحها أبٌ ، أو أخٌ ، أو من يرى أنه يعلم ذلك منها ، لأنه غر الزوج منها .

قال ابن القاسم : ثم لايرجع به الولي[٢] عليها .

قال مالك :وإن كان الذي أنكحها ابن عم ، أومولى ، أو السلطان ، أو من لايظن به علم ذلك فلاشيئ عليه ، وترد المرأة ماأخذت إلا ربع دينار ، لأنه هي الغارَّة[٣] .

قال عبد الوهاب : وخالفنا الشافعي في ذلك وقال : لايرجع على المرأة ولاعلى الولي بشيئ[٤] ، ودليلنا ماروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : أيُّما رجلٍ نكح امرأةً وبها جنونٌ أو جُذَامٌ أو بَرَصٌ فمسَّها فلها صداقها ، وذلك لزوجها غرمٌ[٥] على وليِّها[٦] ، ونحوه عن عليٍّ رضي الله عنه[٧] ولامخالف لهما من الصحابة ولأننا لو قلنا : إنه لارجوع له عليه لألزمناه العوض من غير أن يحصل له في مقابلته الاستمتاع الذي دخل عليه ، لأنه دخل على التأبيد لاعلى مرةٍ واحدة .

وإنما قلنا : يرجع على الولي بجميع الصداق ، وعلى المرأة به إلا ربع دينار ، لئلا يعْرى البضع من عوض ، ومن الولي يبقى لها جميعه فلم يعر من عوض[٨] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٤/أ .

(٢) في أ ، ب "الأب" .

(٣) انظر : المدونة ٢١١/٢،٢١٢،٢١٤ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٤) انظر : الأم ١٢٤/٥ ، التنبيه ص١٦٢ .

(٥) "غرم" ليست في ز .

(٦) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الصداق والحباء ٤١٦/٢ رقم (٩) .

(٧) أخرجه سعيد بن منصور ، باب من يتزوج امرأة مجنونة أو مجذومة ٢١٣/١ رقم (٨٢١) .

(٨) انظر : المعونة ٧٧٢/٢ .

ومن كتاب ابن المواز : وإذا كان الولي الذي يرجع عليه عديما ، أو مات ولاشئ له ، لم يرجع على المرأة بشئ ، وليس عليها أن تخبر بعيبها[١] ولها ولي ، والبكر والثيب في ذلك سواء ، وقاله أصبغ عن ابن القاسم في العتبية[٢] .

وقال ابن حبيب : بل يرجع على المرأة إن كانت مليئة ، وإن كانت عديمةً[٣] رجع على أوَّلِهما يُسْرَا[٤] .

قال في كتاب ابن المواز : وإذا كان الولي البعيد يعلم ذلك منها حين عقد ، فعليه يرجع الزوج ، ويبقى للمرأة مهرها ، وهذا إن أقر ، أو قامت بينةٌ عليه ، وإلا لم يحلفه إلا أن يدعي الزوج علمه بأمرٍ علمه[٥] فليحلف ، فإن نكل حلف الزوج لقد[٦] علم وغره ، وإن نكل فلاشئ له عليه ولاعلى المرأة ، لإقراره بعلم الولي به ، وأنه غره .

ابن المواز : وأما الولي القريب فذلك عليه ويغرم المعجَّل ، فإذا ودى الزوج المؤجل رجع حينئذٍ به عليه .

قال : وإن زوجها الأخ وهي بكرٌ بإذن الأب فالغرم على الأب ، وإن كانت ثيباً فعلى الأخ ، وإن كان زوجها غير ولي عالماً بعيبها وكتمه عليه[٧] فعليه يرجع ، إلا أن يعلمه أنه غير ولي ، أو يعلم ذلك الزوج فلاشئ عليه وإن كتمه ، كالمنادي على السلعة يخبر أنها لغيره فالعهدة على ربها . / [٦٦/ب]

قال مالك : وليس على الولي أن يخبر بعيب وليته ولابفاحشةٍ لها إلا العيوب الأربعة[٨] ، ومثل أن يعلم أنها لاتحل له من رضاعٍ أو نسبٍ ، أو معتدة .

---

(١) في أ ، ب "عن نفسها" .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٩٣/٥،٩٤ .

(٣) اي هي والولي .

(٤) ولم يكن لمن رجع عليه منهما أن يرجع على صاحبه بما رجع عليه .
النوادر والزيادات ل٢٥٣/أ .

(٥) في ز زيادة "الزوج" .

(٦) في ز "بعد" .

(٧) "عليه" ليست في ز .

(٨) وهي الجنون والجذام والبرص وداء الفرج ، وقد تقدم ذكرها قريباً .

قال ابن حبيب : وتفسير داء الفرج:ماكان في الفرج والرحم مما يقطع اللذة في الوطء ، فإن علم بذلك أو ببقية[١] العيوب الأربعة ثم دخل بها فلاخيار له ، وإن بنى بها قبل أن يعلم ثم علم فأمسك فهو مخير ، فإن ادعت أنه مسها أو تلذذ بها بعد العلم[٢] ، فأنكر ، حلف وصُدِّق ، فإن نكل حلفت وصُدِّقت ، وإن لم تدَّع ذلك عليه فلايمين عليه .

ابن المواز : قال مالك : إذا قال الزوج : كان بها الجذام قديماً ، وقال الأب: بل زوجتك صحيحةً ، فالأب مصدقٌ .

ابن المواز : مع يمينه[٣] .

ومن المدونة : قال ربيعة : إذا وطئها بعد العلم بعيبها فقد لزمته .

قال ابن وهب : وكتب عمر بن عبد العزيز في الذي رأى في زوجته وَضَحَاً من بياضٍ فردها به أن استحلفه بالله في المسجد ماتلذّذ منها بشيءٍ منذ رأى ذلك بها، واستحلف إخوتها أنهم لم يعلموا بالذي كان بها قبل أن يزوجوها ، فإن حلفوا فأعط المرأة من صداقها ربعه[٤] .

قال الشيخ : وهذا خلاف ماتقدم[٥] وهو اجتهادٌ منه[٦] واستحسان .

قال مالك : ولاترد المرأة إذا وجدت عمياء ، أو عوراء ، أو مقعدة ، أو قطعاء ، أو شلاّء ، أو سوداء ، أو قد ولدت من زنا ، ولامن شيءٍ سوى العيوب الأربعة[٧] .

---

(١) في أ ، ب "بأحد" وماأثبته أصح لأن داء الفرج أحد العيوب .

(٢) في ز "أو تلذذ منها من بعد العلم" .

(٣) ويكون القول قوله إذا كان التداعي بعد الدخول .
انظر : المصدر نفسه ل٢٥٣/أ،ب ، ٢٥٤/أ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢١٤،٢١٥ .

(٥) وهو أن التي ترد بسبب العيب قبل البناء ليس لها شئ من الصداق .

(٦) "منه" ليست في ز .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٢/٢١١ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

قال الشيخ : لما جاء في ذلك من السنة[١] ، ولأن العيوب الأربعة : البرص وعيب الفرج مما يخفى ، والجنون والجذام ضررٌ شديدٌ ، وأما غير ذلك من العيوب فالغالب منها أنها لاتخفى ، فالزوج مُفَرِّطٌ في استعلام ذلك ،ولأن له أن يشترط السلامة ، فلزمه ذلك بتفريطه[٢] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن اشترط السلامة مما ذكرنا[٣] ثم يجد ذلك بها فلاصداق لها إن لم يبن بها ، وإن بنى بها فلها المهر ، ويرجع به على الولي الذي شرط له ذلك .

قال مالك : وماعلم أهل المعرفة أنه من عيوب الفرج رُدَّت به وإن جامعها وقد تجامَع المجنونة[٤] .

قال[٥] في كتاب محمد : وإذا كان الرتْق[٦] من قِبَل الختان فإنه يُبَطُّ على ماأحبت أوكرهت إذا قال النساء : إن ذلك لايضرها ، وإن كان خِلْقةً فإن رضيت بالبطِّ فلاخيار له ، وإن أبت فالخيار إليه .

قال أصبغ : وإذا أقامت للعلاج وهو يتمتع بها ، فإن طال ذلك كطول أمد العنين في علاجه فلها جميع الصداق ، كالسنة وماقاربها من كثير الأشهر .

قال ابن حبيب : وإن زعم أن بها رتقاً ، أو غيره من داء الفرج فأكذبته فهي مصدقةٌ ، وإن طلب أن ينظر إليها النساء فليس ذلك له ، فإن فارق وادعت المسيس

---

(١) لعله يشير إلى حديث : "اجتنبوا في النكاح أربعة الجنون والجذام والبرص" أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ، باب المهر ٢٦٦/٣ رقم (٨٠) . وهو ضعيف لأن في سنده الحسن بن عمارة وهو متروك . انظر : التقريب ٢٠٧/١ رقم (١٢٦٨) .

(٢) أي فلزمه النكاح والرضا بالمرأة بسبب تفريطه في التأكد من سلامتها من العيوب .

(٣) أي من العيوب الأخرى .

(٤) وكذلك الجذماء والبرصاء ولكنها ترد به ، فكذلك عيوب الفرج .
انظر : المدونة ٢١٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٥) أي مالك .

(٦) الرتق : هو إنسداد فرج المرأة بعظمٍ أو لحمٍ ناتئٍ أو شبه ذلك .
انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨١ .

فلها جميع الصداق ، فإن أتي بامرأتين فشهدتا أنهما رأتاها رتقاء ، ولم يكن ذلك عن أمر الإمام جازت شهادتهما ، إذ الطلاق بيده لم توجبه شهادتهما إنما أوجبت ترك الصداق إن[١] فارق .

فإن قيل : فإذا لم تمكنهما من النظر فقد صار نظرهما تعمداً جَرْحةً[٢] .

قيل : هذا[٣] يعذران بجهالته[٤] .

قال أبو محمد : وأخبرنا أبو بكر[٥] قال : قال سحنون : إن ابن القاسم يقول: لاينظر إليها النساء في عيب الفرج يدعيه الزوج ، وقد قال : ترد به ، فكيف يعرف إلا بنظرهن .

وروى ابن سحنون عن أبيه : أنه ينظر إليها النساء / إذا ادعى[٦] ذلك الزوج. [٦٧/أ]

ـ **قال الشيخ** : ويردها[٧] ، وبه أقول[٨] ـ .

قال ابن حبيب : وأما من بنى بزوجته فادعى المسيس فأكذبته ، وشهد لها امرأتان أنها عذراء ، فلاتقبل شهادتهما ، لأنه يؤول إلى الفراق ، وقد كذبهما من له الفراق ، فافترق من الأول[٩] ، وقاله مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ[١٠] .

---

(١) في أ ، ب "وإن" .

(٢) أي نقصاً وعيباً لكونه بغير إذنها .

(٣) "هذا" ليست في أ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٣/ب ، ٢٥٤/أ .

(٥) أي ابن اللباد ، وقد سبقت ترجمته ص ١٣٣ .

(٦) في ز "ادعاه" .

(٧) "ويردها" ليست في أ ، ب .

(٨) "وبه أقول" ليست في ز .

(٩) أي مسألة من زعم أن زوجته رتقاء ،فأكذبته ، قبلت فيها شهادة امرأتين بأنها رتقاء .

(١٠) انظر : المصدر نفسه ل٢٥٤/أ .

فصل [٢ ـــ فيما يرد به الرجل من العيوب]

ومن المدونة : قال ابن المسيب : وإن كان بالزوج جنونٌ ، أو ضررٌ ، فالمرأة مخيرةٌ بين أن تقيم أو تفارق[١] .

قال مالك : وأرى الضرر[٢] الذي أراد ابن المسيب هذه الأشياء التي ترد منها المرأة[٣] .

قال الشيخ : [٤] لقول الله تعالى : ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٥] ، ولأن لها حقاً في الاستمتاع ، فإذا وَجدت مانعاً منه أو من كماله كان لها الخيار كالرجل ، واعتباراً بالجبِّ والعنَّة ، فإن فارقت قبل الدخول فلاصداق لها ، لأن الفسخ من قِبَلِهَا ، وإن كان بعد الدخول فلها المهر كاملاً لاستمتاعه بها[٦] .

فصل [٣ ـــ في حدوث العيب بعد النكاح]

قال ابن حبيب : قال مالك وأصحابه : وماحدث بالزوجة عند الزوج من العيوب الأربعة فلاخيار له في فراقها إلا بغرم الصداق ، النصف قبل البناء ، والجميع بعده[٧] .

قال ابن المواز : وماحدث بالزوج بعد العقد من البرص فلايرد به وإن كان شديداً[٨] .

---

(١) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب مايرد به النكاح من العيوب ٣٥١/٧ رقم (١٤٢٣١).
(٢) في ز "وإن الصداق" ، ولعله تحريف .
(٣) أي العيوب الأربعة .
انظر : المدونة ٢١٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .
(٤) التقدير : وكان لها الخيار .
(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .
(٦) ولاستقراره لها بالدخول . انظر : المعونة ٧٧٢/٢،٧٧٣ .
(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٣/ب .
(٨) انظر : المصدر نفسه ل٢٥٤/ب .

وقال ابن حبيب : يُرد به إن كان فاحشاً مؤذياً .

قال مالك في النكاح الثاني من المدونة[(١)] : وإذا حدث بالزوج جنونٌ بعد العقد عُزِلَ عنها وأُجِّل سنةً لعلاجه ، فإن صحَّ وإلا فرق بينهما ، والمجذوم البيِّن الجذام يفرق بينه وبين امرأته إذا طلبت ذلك .

قال ابن القاسم : فإن كان مما يرجى برؤه وعلاجه فليضرب له أجل سنة[(٢)].

قال الشيخ : وفي الثاني[(٣)] إيعاب هذا .

فصل [٤ ـــ في أحد الزوجين يغر صاحبه في النسب]

قال مالك[(٤)] : ومن تزوج امرأةً فإذا هي لِغِيةٌ[(٥)] ، فإن زوجوه على نسبٍ فله ردها وإلا لزمته[(٦)] .

قال ابن القاسم : فإن ردها فلاصداق عليه إن لم يكن بنى بها ، وإن بنى بها فعليه صداقها ، ويرجع به على من غرَّه ، فإن كانت هي الغارة ترك لها ربع دينارٍ وردت مابقي ، وإن انتسب لها فألفته لِغياً خيرت بين أن تقبله أو ترده[(٧)] .

وروى أبو زيد[(٨)] عن ابن القاسم فيمن تزوج امرأة على نسبٍ انتسب لها إلى فخذٍ من العرب ثم يوجد من[(٩)] غير ذلك الفخذ ، فإن كان مولى فلها الخيار إذا

---

(١) وهو في المطبوعة "كتاب النكاح الرابع" .

(٢) انظر المدونة ٢/٢٦٦ .

(٣) أي في كتاب النكاح الثاني .

(٤) "قال مالك" ليست في أ ، ب .

(٥) لِغِية : بكسر الغين وفتحها : هي بنت الزنا ، وهي مأخوذة من الغي .
شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٥ .

(٦)،(٧) انظر : المدونة ٢/٢١٢،٢١٣ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

(٨) هو أبو زيد عبد الرحمن بن عمر بن أبي الغمر ، فقيهٌ ، عالمٌ ، ثَبْتٌ ، روى عن ابن القاسم وأكثر عنه ، وروى عن حبيب كاتب مالك وعن ابن وهب ، له كتبٌ مؤلفةٌ حسنةٌ في مختصر الأسدية ، وله سماعٌ من ابن القاسم مؤلَّف ، توفي سنة ٢٣٤هـ .
انظر : ترتيب المدارك ١/٥٦٥ ، الديباج ١/٤٧٢ ، شجرة النور ص٦٦ .

(٩) "من" ليست في ز .

كانت عربية ، وإن كان عربياً وهو من غير القبيل الذي سمى فلاخيار لها إلا أن تكون قرشيةً تزوجته على أنه قرشيٌ فإذا هو من قبيلٍ من العرب ، أو تكون عربيةً تزوجته على إدعائه ، فذلك لها[١] .

وذكر عن أبي بكر بن عبد الرحمن فيمن تزوج امرأة وشرطت في عقد النكاح على الزوج أنه عربيٌ من أنفسهم ثم وجد من مواليهم قال : فأجبت أنا وجميع أصحابنا أن للمرأة القيام بشرطها وفسخ النكاح[٢] .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : ولم يذكر في هذا السوال أنها عربيةٌ أو مولاة ، والأمر عندي سواء ، وللمرأة شرطها بخلاف ماتقدم في رواية أبي زيد ، والله أعلم[٣] .

وسئل أبو محمد بن أبي زيد عما يكتب الناس في صدقاتهم : وهي صحيحة العقل والبدن ، ويجدها بعد ذلك عمياء أو شلاَّء ، هل له أن يردها بهذا الذي كتب في الصداق؟

فقال : لاينفعه ذلك ، وليس كالشرط حتى يبين فيقول : لاعمياء ولاشلاَّء ، قال : ولو كان في موضع صحيحة العقل[٤] سليمة البدن لرأيت له أن يردها إذا وجدها عمياء أو شلاَّء / أو غير ذلك ، وبهذا كان يفتي علماؤنا ونُفتي نحن[٥] . [٦٧/ب]

فصل [٥ ــ فيمن غر فنكح امرأة في العدة]

قال مالك : ومن غَرَّ من وليَّته فزوجها في عدةٍ ودخلت ، ثم علم بذلك الزوج فالنكاح مفسوخ ، ويضمن الولي الصداق كله[٦] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٥٥/ب .
(٢)،(٣) انظر : تهذيب الطالب ل١٢/أ .
(٤) في ز "البدن" .
(٥) انظر : المصدر نفسه ل١٢/أ .
(٦) انظر : المدونة ٢/٢١٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .

قال ابن القاسم : ولو كانت هي الغارة ترك لها ربع دينار وردت مابقي[١] .
قال في رواية العسَّال أبي زيد[٢] عن ابن القاسم في مسألة المرأة تغره : إنه يرجع عليها بالصداق الذي دفع إليها ، وليس يأخذ ماأشترت .
ـ **قال الشيخ** : يريد[٣] : وإن كان مما يصلح لجهازها[٤] ، لأنها متعدية في التصرف فيه قبل إعلامه بما غرته به فيرضى أو يرد ـ .
قال ابن القاسم : فإن لم يعلم الزوج بذلك حتى طلقها أو ماتت فلارجوع له عليها بشيءٍ من الصداق ، كالعبد المعيب يبيعه مشتريه ، فلا يرجع بشيءٍ من قيمة العيب ، وروي ذلك عن مالك[٥] .

فصل [٦ ـــ في عيوب الفرج التي يرد بها الرجل]

وعيوب الفرج التي يردُّ بها الرجل أربعة وهي : الجَبُّ ، والخِصَاء ، والعِنَّة ، والاعتراض[٦] .
فالمجبوب:هو المقطوع ذكره وأنثياه ، والخصي: هو المقطوع منه أحدهما ، والعنين:هو الذي له ذكرٌ شديد الصغر لايمكن الجماع بمثله ، والمعترض:هو الذي لايقدر على الوطء لعلة تعترضه وهو بصفة من يمكنه الوطء ، وربما اعترض عن امرأةٍ دون أخرى ، وأصحابنا يسمون العنين لهذا النوع من الرجال[٧] ، وكذلك

---

(١) انظر : المدونة ٢١٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .
(٢) لم أعثر على ترجمته .
(٣) "يريد" ليست في أ .
(٤) جهاز المرأة : هو مازُفَّت به إلى زوجها من الأمتعة . معجم لغة الفقهاء ص١٦٨ .
(٥) تهذيب الطالب ل١٢/أ .
(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٥/أ ، التلقين في الفقه المالكي ، تأليف القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي ، تحقيق محمد ثالث سعيد الغاني (مكة المكرمة : مكتبة نزار مصطفى الباز ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ) ٢٩٦/١ .
(٧) في ز "وأصحابنا يسمون هذا العنين" .

من تقدم من الصحابة والتابعين ، وحقيقة اسمه المعترض ، كذلك ذكر ابن حبيب وعبد الوهاب[١] .

ومن المدونة : قال مالك وأصحابه : وإن تزوج خَصيٌّ أو مجبوبٌ امرأةً[٢] ولم تعلم به ، ثم علمت فلها الخيار في أن تقيم معه أو تفارقه ، والمجبوب أشد[٣] .

قال عبد الوهاب : وإنما قال ذلك[٤] لعدم الاستمتاع ، والأصل فيه[٥] قوله تعالى : ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِي عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[٦] ، ولأنه لو آلى منها لكان لها أن توقفه و[٧]تطالبه إذا امتنع من الوطء[٨] بالوطء أو الفراق ، فكان الخصي والمجبوب أولى[٩] .

ومن المدونة : قال مالك : وإنما لها أن تفارقه بواحدةٍ بائنةٍ لابأكثر منها ، ويتوارثان قبل أن يختار فراقها ، فإن فارقته بعد أن دخل بها فعليها العدة إن كان يطؤها ، وإن كان لايطؤها فلاعدة عليها .

وروى ابن وهب أن ابن سُندَر[١٠] تزوج امرأةً وكان خصياً فلم تعلم به ، فنزعها منه عمر بن الخطاب رضي الله عنه[١١] .

---

(١) انظر : المعونة ٧٧٥/٢ .
(٢) "امرأة" ليست في ز .
(٣) انظر : المدونة ٢١٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٥ .
(٤) أي في أن لامرأة الخصي والمجبوب الخيار .
(٥) أي في أن لها حقاً في الاستمتاع .
(٦) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .
(٧) في أ "أو" بدل الواو .
(٨) "من الوطء" ليست في ز .
(٩) انظر : المعونة ٧٧٥/٢ .
(١٠) لم أعثر على ترجمته .
(١١) انظر : المدونة ١٩٩/٢ .

قيل لابن القاسم : فإن كان مجبوب الذكر قائم الخُصى فاختارت فراقه بعد أن دخل بها؟

فقال : إن كان يولد لمثله فعليها العدة ، ويسأل عن ذلك ، فإن كان يُحْمَلُ من مثله لزمه الولد ، وإلا لم يلزمه ولايلحق به ، وإن علمت به حين تزوجته أنه مجبوبٌ ، أو خصيٌ ، أو عنينٌ لايأتي النساء رَأْساً أو[١] أخبرها بذلك فلاكلام لها[٢].

وإن لم تعلم بذلك في العقد ثم علمت به[٣] فتركته وأمكنته من نفسها فلاكلام لامرأة الخصي والمجبوب ، وأما العنين فلها أن ترافعه ويؤجّل سنة ، لأنها تقول : تركته لرجاء[٤] علاج أو غيره ، إلا أن تتزوجه وهي تعلم أنه لايأتي النساء رأساً كما وصفنا ، فلاكلام لها بعد ذلك[٥] ، وفي الثاني[٦] إيعاب هذا .

تم كتاب النكاح الأول ، والحمد لله وسلامٌ على جميع أنبيائه[٧]

---

(١) في جميع النسخ واو بدل "أو" .

(٢) أي لاخيار لها .

(٣) "به" ليست في ز .

(٤) "رجاء" ليست في ز .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٢/٢١٣،٢١٤ ، تهذيب الطالب المدونة ص٨٥ .

(٦) أي في كتاب النكاح الثاني .

(٧) في ز "تم النكاح الأول" .

[الكتاب الثاني]
كتاب النكاح الثاني

[الباب الأول]
في الصداق يقارنه بيع ، أو يدخل فيه غرر أو مجهول وكل غرر أو خطر أو فساد بشرط

[فصل ١ ـــ في الصداق يقارنه بيع]

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً بعبدٍ على أن تعطيه داراً أو مالاً لايجوز هذا النكاح عند مالك ، وهو مفسوخٌ ، وسمعت مالكاً يقول : إن تزوجها على أن تعطيه خادمها بكذا وكذا درهماً لم يجز ، ولايجتمع في صفقةٍ واحدةٍ نكاحٌ وبيع[١].

قال سحنون : وقال بعض الرواة ـ هو ابن الماجشون ـ في هذه المسألة : إن كان يبقى[٢] مما يعطي الزوج ربع دينارٍ فصاعداً جاز النكاح[٣] .

قال عبد الوهاب : وقال أشهب : يجوز نكاحٌ وبيع ، فوجه قول مالك[٤] : أن النكاح عقدٌ مخصوصٌ من سائر عقود المعاوضة بأحكامٍ لاتوجد في غيره ، فوجب ألاّ[٥] يُضمّ إليه عقدٌ غيره[٦] كالصَّرف[٧] والقِراض[٨] ، ولأنه يجوز أن

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢١٦ .

(٢) "كان يبقى" مكانها بياض في أ ، ب .

(٣) لأن ربع دينارٍ هو أقل مايستباح به البُضْع .
انظر : المصدر نفسه ٢/٢١٦ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٤) وهو عدم جواز اجتماع نكاحٍ وبيع كما تقدم .

(٥) "ألا" ليست في أ ، ز .

(٦) أي خاص بالبيع .

(٧) الصرف شرعاً : هو بيع الذهب بالفضة أو أحدهما بفلوس .
شرح حدود ابن عرفة ١/٣٣٧ .

(٨) القراض شرعاً : هو تمكين مالٍ لمن يتّجر به بجزءٍ من ربحٍ لابلفظ الإجارة .
المصدر نفسه ٢/٥٠٠ .

يكون العوض في مقابلة البيع فيعرو البضع من[1] عوض ، وتكون ذريعةً إلى الإباحة في إسقاط المهر .

قال الشيخ : ولأنه لايدرى مايخص البضع من ذلك[2] فيصير نكاحاً مجهولاً.

قال عبد الوهاب : ووجه قول عبد الملك[3] : أن المنع من خيفة أن يعرو النكاح من عوض ، فإذا أمن ذلك جاز .

ووجه قول أشهب : أنه ليس في ذلك أكثر من الجهالة بمقدار المهر ، وذلك لايمنع صحة العقد ، كما لو تزوجها على حكم زيد[4] .

قال الشيخ : ولأن للرجل بيع سلعتين[5] بثمنٍ معلومٍ، ولايضره جهل مايخصُّ كل سلعةٍ من الثمن ، فكذلك هذا[6] ولايدخل عليه مااعتل به ابن الماجشون من أن يفضل مما يعطى[7] المرأة ربع دينار ، لئلا يعرو البضع من عوض ، لأن مايعطي الزوج مقبوض على ماتعطي المرأة[8] ، وعلى مقدار صداق مثلها ، فمتى حصل للبضع على ذلك ربع دينارٍ فصاعداً جاز هذا على قياس البيوع ، وإذا جاز ذلك في البيوع اقتضى أن يكون في النكاح أجوز ، لأن طريقة النكاح المكارمة وطريقة البيوع المكايسة ، ألا ترى أنه يجوز أن يتزوج بعبدٍ وبشُوار بيتٍ[9] ولايصف ذلك ، ولايضرب لها أجلاً ، فيكون لها الوسط من ذلك حالاً[10] ، ويتزوجها ولايذكر صداقاً فيعطيها صداق المثل فيلزمها ، ولايجوز مثل هذا في

---

(١) في أ ، ب "في" .

(٢) أي مايخصه من المال الذي يدفعه الزوج للمرأة مقابل سلعتها وبضعها .

(٣) وهو : إذا بقي بعد طرح قيمة البيع مقدار ربع دينارٍ فأكثر جاز .

(٤) انظر : المعونة ٧٦٧/٢، ٧٦٨ .

(٥) "بيع سلعتين" مكانها بياض في أ ، ب .

(٦) "هذا" مكانها بياض في أ ، ب .

(٧) في أ ، ب زيادة "ماتعطي" .

(٨) "مقبوض على ماتعطي المرأة" مكانها بياض في أ ، ب .

(٩) الشوار : متاع البيت . انظر : اللسان ، مادة (شَوَرَ) .

(١٠) كما سيأتي آخر الباب .

البيوع ، وماقال أشهب هو القياس ، والله أعلم ، وقول ابن الماجشون أيضًا حسن ، وهو على قياس ابن نافع في مسألة الموضِحَتين[١] إذا صالح من مُوضِحةٍ عمداً ومُوضِحةٍ خطأً على شقْص[٢] من دار[٣] .

قال ابن نافع :فيه الشفعة بقيمة الشقص ما لم ينقص عن[٤] دية موضحة الخطأ وذلك أنه جعل ثمن الشقص معلوماً هو دية موضحة الخطأ ، ومجهولاً وهو / دية [٦٨/ب] موضحة العمد ، فأعطى للمعلوم حقه من قيمة الشقص ، وكان مابقي للمجهول ، فكذلك يصنع في النكاح ، يجعل مايعطي الزوج ثمناً للبضع وثمنه مجهولٌ ، وبما تعطي الزوجة وثمنه معلوم ، فأعطى للمعلوم قيمته مما يعطي الزوج ومابقي للبضع ، فإن بقي ربع دينارٍ فأكثر جاز عنده وإلا لم يجز .

وذكر عن ابن الكاتب[٥] أنه قال : إن كان اعتبار مايفضل للبضع بعد عقد النكاح فكأنه إنما نكحها بالذي يفضل ، وذلك مجهولٌ ، فإن كان اعتبار ذلك قبل العقد فأحسبهما[٦] لايختلفان في جوازه ، لأنه يصير للبضع شيءٌ مسمى ، وللسلعة شيءٌ مسمى ، فهو كما لو تزوج امرأتين في عقدٍ واحدٍ ، وسمى لكل واحدةٍ صداقها

---

(١) الموضِحَة : هي ماأوضح العظم بأن أزال ماعليه من الجلد واللحم ، ويختص بالرأس والجبهة والخدين .
انظر : الفواكه الدواني ٢/٢٠٨ .

(٢) الشقص : هو النصيب .
انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص١٠٢ .

(٣) انظر : النكت والفروق ل٧٤/ب .

(٤) في هذا الموضع كلمة لم أتمكن من قراءتها .

(٥) هو أبو القاسم عبد الرحمن بن علي بن محمد الكناني ، المعروف بابن الكاتب ، من فقهاء القيروان المشاهير وحذاقهم ، أخذ عن ابن شبلون والقابسي ، جرت بينه وبين أبي عمران الفاسي مناظرات في مسائل مشهورة ، له كتاب كبير في الفقه ، توفي بالقيروان سنة ٤٠٨هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢/٧٠٦ ، معالم الإيمان ٣/١٥٥ ، شجرة النور ص١٠٦ .

(٦) أي مالك وعبد الملك بن الماجشون .

ولايشبه ذلك السلع التي يجوز ذلك فيها وإن لم يسم ، لأن السلع مما تُقَوَّم ، فيقع لكل سلعةٍ من الثمن مايخص قيمتها إن وقع استحقاق ، والأبضاع لايصح تملُّكها[١] ولاوقع فيها وطءٌ قبل التسمية فيقضى عليه بصداق المثل ، فوجب ألاَّ يصح إلا بعد التسمية لها ، وإن أجملهما[٢] في صداقٍ واحدٍ لم يجز ، وغيره[٣] يجيز ذلك ، ويقسم المسمى على صداق مثل كل واحدة ، اعتباراً بالسلع ، وإلى مثل هذا نحى أشهب في جواز نكاحٍ وبيعٍ ، وهذا معنى كلام ابن الكاتب دون لفظه[٤] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وهذا النكاح الذي وقع مع البيع في صفقةٍ يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لها صداق المثل[٥] .

فصل [٢ ـــ في الصداق يدخل فيه غرر أو مجهول أو محرم]

قال مالك : وإن تزوجها على عبدٍ آبقٍ ، أو بعيرٍ شاردٍ ، أو جنينٍ في بطن أمّه ، أو بما تلد غنمه ، أو بثمرةٍ ، أو زرعٍ لم يبد صلاحهما فالنكاح يفسخ في ذلك كله قبل البناء ويثبت بعده ، ويكون لها صداق المثل ، ويكون الذي سمى لها من الغرر لزوجها ، إلا أن تقبض الجنين بعد ولادته ، أو الآبق أو الشارد وغيره ، فلترده إلا أن يموت عندها في بدنٍ أو سوقٍ فيكون لها وتغرم قيمته يوم قبضته لزوجها ، فأما الثمرة فما جنت منها ، أو حصدت من الحب فعليها أن ترد مكيلته وماهلك من ذلك كله قبل أن تقبضه فهو من الزوج ، وماهلك من ذلك بعدما قبضته وإن لم يتغير في سوقٍ أو بدنٍ فهو من المرأة أبداً حتى ترده ، لأنه في ضمانها يوم قبضته[٦] .

---

(١) أي فلاتقوَّم كما تقوَّم السِّلع .

(٢) أي المنكوحتين .

(٣) أي غير ابن القاسم .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل١٣/أ .

(٥) انظر : المدونة ٢١٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٦) انظر : المدونة ٢١٧،٢١٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

قال ابن المواز : وإن نكحها بثمرةٍ لم يبد صلاحها على أن تَجُدَّها[1] بلحاً جاز النكاح ، فإن تأخرت الثمرة حتى طابت فَجَدَّتْها بُسْرًا أو رُطَباً أو تمراً فلايفسخ النكاح وإن لم يدخل بها ، ويكون لها قيمة ذلك البلح مجدوداً يوم النكاح وترد ماجدَّت منها ، وماأكلت ردت مكيلته ، وإن لم تعرف فقيمته ، وإن طلقها قبل البناء فلها نصف قيمة البلح مجدوداً يوم النكاح[2] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن تزوجها بما تلد غنمه ، أو بخمرٍ ، أو خنزيرٍ ، أو على دار فلان ، أو على أن يشتريها لها فليفسخ هذا النكاح قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل[3] .

وقد اختلف قول مالك في المختصر الكبير في فسخ النكاح بعد البناء إذا عقد بخمر ، أو خنزير ، أو بثمرةٍ لم يبد صلاحها ، أو بجنينٍ في بطن أمه ، أو ببعيرٍ شاردٍ، أو بعبدٍ آبق[4] .

قال عبد الوهاب : لاخلاف في / منع ابتداء العقد بما لايصلح[5] أن يتملَّك كالخمر والخنزير ، ولابغررٍ كالعبد والآبق والجمل الشارد والجنين في بطن أمه ، والثمرة التي لم يبد صلاحها على التبقية ، وماأشبه ذلك ، فإن وقع فقيل : يفسخ قبل البناء وبعده ، لأن فساده في عقده ، وقيل : يفسخ قبل البناء ويثبت بعده ويجب فيه صداق المثل ، لأن فساده في صداقه . [٦٩/أ]

وعند أبي حنيفة والشافعي : العقد صحيحٌ لايفسد بفساد المهر ، ويجب فيه صداق المثل[6] .

---

(١) الجَدَاد : بفتح الجيم وكسرها وبالدال المهملة أو الذال المعجمة : قطع ثمر النخل .
انظر : تنبيه الطالب ص٤٦ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٧/أ .

(٣) انظر : المدونة ٢١٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٧/أ .

(٥) في أ "بما يصلح" .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص١٨٧ ، الأم ١٠٥/٥ .

فوجه قول من أفسده : قوله تعالى : ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ﴾[1] ، فعلّق الإحلال بالمال ، والخمر والخنزير ليسا بمالٍ لنا ، ولأنه عقد معاوضةٍ يجب أن يفسد بفساد العوض كالبيع ، ولأن المعقود به إذا كان فاسداً وجب فساد العقد ، أصله نكاح الشغار .

ووجه التصحيح : أن عقد النكاح مفارقٌ لعقد البيع في موضوعه ، لأن البياعات طريقها المُغابنة والمُكايسة ، والنكاح طريقه المُواصَلة والمُكَارمة ، ألا ترى أنهما إذا عَقَدا من غير تسمية صداقٍ جاز ، بخلاف البيع والإجارة[2] .

واختلف أصحابنا في تأويل قول مالك : إنه يفسخ قبل الدخول ، فمنهم من حمله على الإيجاب تغليظاً وعقوبةً لهما ، لئلا يعودا إلى مثل ذلك ، ومنهم من حمله على الاستحباب احتياطاً وخروجاً من الخلاف ، فإن وقع الدخول لم يفسخ ، لأن الصداق قد وجب ، فلايوجد المعنى الذي لأجله فسخ قبل الدخول[3] [4] . وقد تقدم في الأول[5] بعض هذا .

[فصل ٣ ــ في الصداق إذا كان غائباً موصوفاً معه دراهم أو لا]

ومن كتاب ابن المواز وابن حبيب : قال ابن القاسم : لابأس بالنكاح بعبدٍ غائبٍ بعيد الغيبة إذا وصفه ، كان معه عينٌ أو لم يكن إلا مابَعُدَ جدّاً مثل

---

(١) سورة النساء : آية ٢٤ .
(٢) فإنهما لايصحان إلا بذكر العوض فيهما .
(٣) وهو فساد الصداق .
(٤) انظر : المعونة ٢/٧٥١،٧٥٢ .
(٥) أي في كتاب النكاح الأول . انظر ص١٨،١٩ .

خُراسَان[١] ، والأندلس[٢] .

ابن حبيب : ومثل إفريقية من المدينة ، كان مع ذلك عينٌ أو لم يكن فلاخير فيه ، ويفسخ .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وأما مسيرة الشهر ونحوه فجائز، والضمان من الزوج حتى تقبضه ، وله أن يدخل إن كانت الغيبة قريبة ، ولايدخل بها في البعيدة وإن قدَّم إليها ربع دينار ، وإن سماه مع العبد ، لأن النقد في البعيد لايجوز والدخول[٣] انتقاد[٤] .

قال الشيخ : هذا إن كان الدخول بشرطٍ في العقد ، وأما إن لم يشترط في العقد فجائزٌ التطوع به كالبيوع .

قال : فإذا كان قريباً ووصفه ثم هلك العبد قبل قبضه فلها قيمته على تلك الصفة[٥] .

قال أبو العباس الأبياني[٦] : وإذا تزوجها على عبدٍ موصوفٍ فقبضته ، ثم استُحِق رجعت[٧] بعبدٍ مثله في صفته ، وإن مات بيدها ثم علمت بعيبٍ كان به

---

(١) خراسان : بلادٌ واسعةٌ تشتمل على أمهات من البلاد منها : نيسابور وهراة ومرو وبلخ وطالقان ونسأ وسرخس ومايتخلل ذلك من المدن التي دون نهر جيحون ، وقد فتحت أكثر هذه البلاد عَنْوةً وصلحاً .
انظر : معجم البلدان ٢ /٣٥٠ .

(٢) قال : فأكرهه لانقطاع خبره .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٣/أ .

(٣) من أول الباب إلى هذا الموضع ساقط من ز .

(٤)،(٥) انظر : المصدر نفسه ل٢٣٣/أ .

(٦) هو أبو العباس عبد الله بن أحمد التونسي ، المعروف بالأبياني ، كان إماماً فقيهاً ، وصالحاً ثقةً مأموناً متواضعاً ، تفقه بيحيى بن عمر وأحمد بن سليمان وحمديس القطان وابن حارث وغيرهم ، توفي سنة ٣٥٢هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٣٤٧/٢ ، الديباج ٤٢٥/١ ، شجرة النور ص٨٥ .

(٧) أي على زوجها .

عند الزوج ، فعلى المرأة غرم قيمة العبد معيباً للزوج يوم قبضته ، وترجع عليه بعبدٍ مثله في صفته ، وفيه اختلاف ، وهذا أحسن[(١)] [(٢)] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة ، أو اشترى سلعةً بدراهم بعينها غائبة ، فلاخير في ذلك إلا أن يشترط أن عليه بدلها إن تلفت ، ولو حضرت الدارهم ونقدها إياها جاز النكاح ، وكذلك البيع ، فإن وجب البيع والنكاح بها ثم استحقّت في يد المرأة والبائع فعلى المشتري والزوج مثلها ، وتم / النكاح [٦٩/ب] والبيع[(٣)] .

قال مالك : ومن تزوج امرأةً على دارٍ أو أرضٍ أو عبدٍ، كل ذلك غائب ، فإن وصف ذلك جاز النكاح ، وإن لم يصفه فسخ النكاح قبل البناء ، ويثبت بعده ، ولها صداق المثل[(٤)] .

ابن المواز : وإن وصفه فلايدخل في العبد البعيد الغيبة حتى يدفعه ، والضمان منه[(٥)] .

قال : وابن القاسم[(٦)] يرى أن تباعد الغيبة مثل خراسان والأندلس[(٧)] لم يجز ، وأما مثل المدينة من مصر فجائز[(٨)] .

ومن المستخرجة : قال ابن الماجشون[(٧)] فيمن تزوج بثمرةٍ بدا صلاحها فأجِيْحَت[(٩)] الثمرة كلها : إن مصيبتها من الزوج ، وترجع عليه المرأة بقيمة الثمرة وإنما يُحمل ذلك محمل البيوع .

---

(١) "وهذا أحسن" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل١٤/أ .

(٣) انظر : المدونة ٢١٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٤)،(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٣/أ .

(٦) في أ ، ب "قال ابن القاسم" .

(٧) ساقط من ز .

(٨) انظر : المصدر نفسه ل٢٣٣/أ .

(٩) الجائحة شرعاً : هي ماأُتلف من معجوزٍ عن دفعه عادةً قهراً من ثمرٍ أو نباتٍ بعد بيعه . انظر : شرح حدود ابن عرفة ٣٩٢/٢ .

وابن القاسم يقول : لاجائحة فيها ، والمصيبة من المرأة ، ولاترجع على الزوج بشيء[١] .

قال الشيخ : وإنما فرق[٢] بينه وبين البيوع ، لأن طريقة النكاح المكارمة ، وطريقة البيوع المكايسة .

ولكن قد قال في كتاب العرايا[٣][٤] : إن الجائحة في العَرِيَّة ، وهو باب رخصةٍ ومَرْفِقٍ لاباب مُكايسة[٥] .

فَجَعَلَ ذلك كالبيوع[٦] ، وكان ينبغي ألا يجعله في العرايا كالبيوع ؛ لأنه معروفٌ لا معاوضة فيه ، ويجعله في النكاح كالبيوع ، لأنه معروفٌ معاوضٌ فيه ، وقد قال مالك : أشبه شيءٍ بالبيوع النكاح[٧] .

ومن المدونة : قال مالك : وإن تزوجها على بيتٍ أو خادمٍ ولم يصف ذلك جاز النكاح ولها خادمٌ[٨] وَسَط ، والبيت الناس فيه مختلفون ، إن كانت من

---

(١) العتبية مع البيان والتحصيل ١٢/١٨٠،١٨١ .

(٢) أي ابن القاسم .

(٣) أي من المدونة .
وفي ز "ولكن قد قال مالك في كتاب ابن المواز" .

(٤) العرايا لغة : جمع عَرِيَّة ، وهي النخلة المُعْراة ، يُعريها صاحبها رَجُلاً محتاجاً ، وسميت بذلك لأنها عَرِيت عن حكم باقي البستان .
انظر : تحرير ألفاظ التنبيه ص١٨٠ ، اللسان ، مادة (عَرَا) .
وبيع العرية شرعا : بيع المُعْرِي مامُنِحَ من ثمرٍ ييبس للمُعْرَى بخرصه تمراً .
انظر : شرح حدود ابن عرفة ٢/٣٩٠ .

(٥) انظر : المدونة ٤/٢٥٩ .

(٦) أي جعل ابن القاسم الجائحة في العرايا كالجائحة في البيوع .

(٧) المصدر نفسه ٢/٢٣٢ .

(٨) "خادم" ليست في أ ، ب .

الأعراب فلهم بيوتٌ وشَوْرةٌ قد عرفوها ، وشَورة[١] الحضر لاتشبه شَورة البادية .

قال مالك : وإن تزوجها على بيتٍ من بيوت الحضر جاز إذا كان معروفاً ، ويجوز أن يتزوجها على شوارِ بيتٍ إذا كان الشوار شيئاً معروفاً عند أهل البادية والحاضرة .

قال ابن القاسم[٢] : ولكلٍ قدرُه من الشوار[٣] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران فيمن تزوج ببقعةٍ على أن يبنيها للمرأة ، فإن كانت بقعةً بعينها في ملكه ووصف الطول والعرض والبناء فذلك جائزٌ ، وإن كان البيت الذي يبنيه مضمونٌ عليه فقد أفتى أبو محمد أن ذلك لايجوز .

قال الشيخ :[٤] وكذلك السَّلَم[٥] في البيت[٦] .

قال الشيخ : لأن ذلك يرجع إلى السلم في شيءٍ معيَّن ، لأنه لابدَّ أن يصف البناء والموضع ، فيؤدي ذلك إلى تعيينه[٧] ، وهذا ظاهر مافي كتاب ابن حبيب ، وعند ابن المواز مايدل على خلافه[٨] .

---

(١) "شورة" ليست في أ ، ب .

(٢) "قال ابن القاسم" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢١٧،٢١٨ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٤) أي أبي عمران .

(٥) السَّلَم شرعاً هو : عقد معاوضةٍ يوجب عمارة ذمةٍ بغير عينٍ ولامنفعةٍ غير متماثل العوضين . شرح حدود ابن عرفة ٢/٣٩٥ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل١٤/أ .

(٧) قال عبد الحق : ولايكون المضمون في شيءٍ معين ، لأنه قد لايصل إليه وقد يُسْتَحق ، فذلك من الغرر البين . النكت والفروق ل٦٧/ب .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل١٤/أ .

[فصل ٤ ـــ في الصداق إذا كان غير موصوف]

وإن نكح على مئة بعيرٍ ، أو شاةٍ، أو بقرةٍ، ولم يصف ذلك جاز النكـاح ، وعليه وَسَطٌ من الأسنان ، وكذلك على عبدٍ بغير عينه ولم يصفه ولاضرب له أجلاً فالنكاح جائزٌ ولها عبدٌ وسطٌ حالٌّ ، وليس للزوج دفع قيمته إلا أن ترضى المرأة[١].

قال في كتاب ابن المواز : ومن نكح من رقيقٍ ذكر العـدد ولم يذكـر حُمْرَانـاً ولاسُودَاناً فلها الوَسَطُ من الأغلب في البلد ، وكذلك في المستخرجة[٢] .

قال ابـن المـواز : فـإن استويا في البلـد[٣] نُظِرَ إلى وسـط السـودان ووسـط الحُمْران ، فأعطيت نصف ذلك .

ـ **قال الشيخ** : يريد من كل جنسٍ نصفه ـ .

قال : وذلك على قدر قيمة ذلك يوم وقع النكـاح ، وكذلـك إن طلـق قبـل البناء ، وقاله أصبغ ، وقال : هي جيدة .

وفي العتبية عن مالك : وتعطى الإناث دون الذكور ، وكذلك شأن الناس[٤]

قال سحنون في كتاب ابنه : ومن نكح على خادمٍ لم يجز حتى يسمي جنـس الأمة ، فيكون عليه وسطٌ من ذلك الجنس لامن العِلْيَة[٥] ، ولامن الوَخْش[٦] ، وإذا كان مجَمَلاً لم يجز ، وفسخ النكاح[٧] قبل البناء ، ويثبت بعده / وهلا صداق المثل[٨]. [٧٠/أ]

---

(١) انظر : المدونة ٢١٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٢) العتبية مع البيان والتحصيل ٢٧٦/٤ .

(٣) أي ليس أحد الصنفين أغلب .

(٤) المصدر نفسه ٢٧٦/٤ ، النوادر والزيادات ل٢٣٣/ب .

(٥) العِلْية : علية الرقيق : أي أعلى الرقيق ، بكسر العين ووقف اللام ، على زِنَـةِ كِسْـرَه ، ويجوز فيه عِلِيَّة بكسر العين وتشديد اللام والياء ، والأول خير . شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٠ .

(٦) الوخش من الرقيق : الخسيس ، وهو مشتقٌ من وَخَشْتُ الشـيء أَخِشُـه على وزن وَزَنَ يَزِنُ ، وَوَعَدَ يَعِدُ ، أي : خلطته ، فكأن الوخش لايعرف لخساسته بعينه ، إذ هو أخلاط الرقيق . انظر : المصدر نفسه ص٨٠ .

(٧) "النكاح" ليست في أ .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٤/ب ، ٢٣٥/أ .

قال عبد الوهاب : وقال محمد بن عبد الحكم : لايجوز إلا على معلومٍ مقـدَّرٍ وهو قول الشافعي[١] ، ودليلنا[٢] قوله عليه الصـلاة والسـلام : "الصـداق مـاتراضى عليه الأهلون"[٣] ، فلم يفرِّق ، ولأن طريق النكاح المكارمة والمواصلة بخـلاف البيـع الذي طريقه المكايسة والمغابنة ، بدليل أنـه لايفسـد لعـدم ذكـر العـوض في العقـد ، وهو التفويض[٤] .

ومن المدونة : قال مالك : وكذلك إن تزوجها على عَرَضٍ موصـوفٍ ليـس بعينه ولم يضرب له أجلاً ، فالنكاح جائزٌ ، وهذا لايُحمل هاهنا محمـل البيـوع وهـو على النقد ، ألا ترى أنه يتزوج المرأة بمئة دينـارٍ ، ولايسـمي أجـلاً فتكـون نقـداً ، وكذلك إن اختلعت منه امرأته على عبدٍ فلم تسـمِّه لـه ، ولاوصفتـه ، فعليهـا عبـدٌ وَسَطٌ[٥] .

---

(١) انظر : الأم ٩١/٥ .

(٢) أي على أن الصداق يجوز بغيرمقدر معلوم .

(٣) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ، باب المهر ٢٤٤/٣ رقم (١٠) وفيه محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه ، ومحمد ضعيف ، انظر : التقريب ١٠٣/٢ رقـم (٦٠٨٧) ، وعبـد الرحمن ضعيف أيضاً ، انظر : المصدر نفسه ٥٦٣/١ رقم (٣٨٣١) .
والبيهقي ، كتاب الصـداق ، بـاب مـايجوز أن يكون مهـرا ٣٩٠/٧،٣٩١ رقـم (١٤٣٧٥-١٤٣٧٩) .
وروي من طريق آخر أخرجه الدارقطـني ، كتـاب النكـاح ، بـاب المهـر ٢٤٢/٣ رقـم (٢) ، والبيهقي ، كتاب الصداق ، باب مايجوز أن يكـون مهـرا ٣٩١/٧ رقـم (١٤٣٨٠،١٤٣٨١) وفيه أبو هارون العبدي ، كذاب . انظر : التقريب ٧٠٩/١ رقم (٤٨٥٦) فالحديث ضعيف .

(٤) انظر : المعونة ٧٦١/٢ .

(٥) انظر : المدونة ٢١٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

فصل [٥ ـــ في الصداق إذا فسد بالشرط]

ومن نكح امرأةً بألف درهمٍ على إن كانت له امرأةٌ أخرى فصداقها ألفان ، فهذا من الغرر ، وهذا مثل البعير الشارد فيما فسَّرنا[١] .

قال مالك : وإن نكحها بألفين فوضعت عنه في هذا النكاح ألفاً على أنه لايخرجها من بيتها ، ولايتزوج عليها ، فله أن يخرجها ويتزوج عليها وليس لها إلا ألف[٢] .

قال ابن القاسم : وكذلك إن نكحها بألفٍ على أنه إن أخرجها من بلدها فمهرها ألفان ، فله أن يخرجها ولاشيء عليه غير الألف[٣] .

قال الشيخ : يريد : وكذلك على أنه إن تزوج عليها فصداقها ألفان ، فله أن يتزوج ولاشيء عليه غير الألف ، بخلاف قوله : إن كانت له امرأةٌ أخرى .

قال مالك : ولو انعقد النكاح عليه بألف درهمٍ ثم حطَّت[٤] بعد ذلك نصفه على أن لايخرج بها ، أو لايتزوج عليها ونحوه ، ففعل ذلك ، فلها أن ترجع عليه بما وضعت عنه إن فعل من ذلك شيئاً ، وله أن يفعله[٥] .

وقال علي بن زياد : إن حطَّته في العقد من صداق مثلها لما شرط عليه لزمه ماحطته إن فعل من ذلك شيئا ، وإن كانت الحَطِيطة[٦] مما ناف على صداق المثل لايلزمه[٧] ، ورواه ابن نافع عن مالك[٨] .

---

(١)،(٢)،(٣) انظر : المدونة ٢١٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٤) الحَطّ : هو الابراء من جزءٍ من الحق ، ومنه : الحَطّ من الدين أو المهر : الإبراء من جزءٍ منه . انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٨١ .

(٥) ولايشبه هذا الأول ، لأن الذي وضعت إنما هو شيءٌ زادوه في الصداق وليس بشيءٍ وإن وجب النكاح بما سمى لها من الصداق .
انظر : المدونة ٢١٩/٢، ٢٢٠ .

(٦) أي ماأبرأته المرأة من الصداق .

(٧) في أ "أو يلزمه" .

(٨) انظر : المصدر نفسه ٢٢٠/٢ .

[الباب الثاني]
في الصداق يوجد به عيب أو يؤخذ بشفعة أو يؤخذ به رهن[1] وفي صداق السر

[فصل ١ ـــ في الصداق يوجد به عيب]

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً على قِلَالٍ[2] خَلٍّ بأعيانها فوجدتها خمراً فهي كمن نُكحت على مهرٍ فأصابت به عيباً ، فلها رده ، وترجع به إن كان يوجد مثله ، أو بقيمته إن كان لايوجد مثله[3] .

قال الشيخ : ذكر عن أبي عمران أنه[4] قال : نحا سحنون في التي تزوجت على قلال خلٍّ فأصابتها خمراً إلى ماذكر ابن المواز : أنهما إذا دخلا على الجُزَاف[5] في الصُّبْرَة[6] ثم علم بعد ذلك كيلها ، ثم استحقَّ مافي يد البائع أنه يرجع بقيمة صُبْرَتِهِ ولايرجع بمثلها وإن عرف كيلها .

قال أبو عمران : والصواب أن يرجع في القِلال بمثلها[7] إذا كانت موجودة ،

---

(١) الرهن شرعاً هو : مالٌ قَبْضُه توثقٌ به في دين .
شرح حدود ابن عرفة ٢/٤٠٩ .

(٢) القِلال : جمع قُلّة ، وهو إناءٌ للعرب كالجَرَّة الصغيرة ، قال الأزهري : قِلَال هجر والأحساء ونواحيها معروفةٌ تأخذ القُلَّة منها مزادةً كبيرةً من الماء ، وتملأ الراوية قُلَّتَين ، وسُميت قِلالاً لأنها تُقَلُّ أي ترفع إذا مُلئت وتُحمَل .
انظر : اللسان ، مادة (قلل) .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢١٨ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٤) "أنه" ليست في ز .

(٥) الجُزَاف بكسر الجيم وضمها وفتحها : هو بيع الشيء واشتراؤه بلاكيل ولاوزن ، وهو فارسيٌّ معرَّب . تنبيه الطالب ص٤٧ .

(٦) الصُّبْرة : واحدةُ الصُّبَر ، قال الأزهري : هي الكُومة المجموعة من الطعام ، سميت بذلك لإفراغ بعضها على بعض . المصدر نفسه ص١٠٥ .

(٧) "بمثلها" ليست في ز ، وفي أ ، ب والتهذيب "بملئها" والصواب ماأثبته لدلالة سياق الكلام عليه.

وكذلك في[١] الصُّبْرَة[٢] .

قال الشيـخ : يريد في القلال أنها تُرَاقُ وتُغسل جيداً وتُملأ ماءً ثم يُكال ذلك الماء فتعطى مثل كيله خَلاًّ ، وإن كانت للنصارى مكاييل مثل مكايلنا اكتيـل ذلـك الخمر بها ، وأعطي مثله خلاًّ / بمكايلنـا ، لأن تلـك القِـلال نجسـةٌ فلايكـال بهـا ، وتكسر بعد ذلك لأنها لمسلم . [٧٠/ب]

وقال غيره[٣] على قول سحنون : إنما لم يكـن لهـا مقـدار القـلال ، لأن مـن نكح بشيءٍ بعينه كصبرة بعينها فاستحقت فعليه قيمتها[٤] .

وفي المجموعة : قال ابن الماجشون : إذا تزوجها بشـيءٍ يُكـال أو يُـوزن بعينـه فاستحق رجعت بمثله[٥] .

قال الشيـخ : فصار في هذا إذا تزوجها بجزافٍ ممـا يُكـال أو يُـوزن قـولان : أحدهما : يرجع بمثله ، والثاني : بقيمته .

قال مالك : وإن تزوجها على عبدٍ بعينه فقبضته ثم وجدت به عيباً فلها رده وترجع على الزوج بقيمته ـ يريد يوم عقد النكاح بخلاف البيع .

ـ ابن حبيب : كان ذلك قبل البناء أو بعده ـ .

قال مالك : وإن فات العبد عندها بعتق ، أو بشيءٍ يكون فَوْتاً رجعت بقيمـة عيبه ، وإن حدث به عندها عيـبٌ مُفسـدٌ فلهـا رده ، ومانقصـه وأخـذ قيمتـه ، أو حبسه وأخذ قيمة العيب القديم[٦] .

قال ابن القاسم : والخلع عندي مثل النكاح سواء ، يكون لـلزوج في العيـب مثل ماوصفنا للمرأة سواء .

وإن تزوجها على أمةٍ فأصابتها ذات زوجٍ ولم يخبرها به فذلك عيـبٌ ، ولهـا ردها وأخذ قيمتها ، وكذلك الخلع في هذا سواء[٧] .

---

(١) "في" ليست في ز .

(٢) تهذيب الطالب ل١٤/أ،ب .

(٣) أي غير أبي عمران .

(٤)،(٥) انظر : المصدر نفسه ل١٤/ب .

(٦)،(٧) انظر : المدونة ٢/٢٢٠ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

[فصل ٢ ـــ في الصداق يستحق بشفعة]

فإن تزوجها على غير مهرٍ مسمى ، ففرض لها نصف دارٍ له فرضيت بذلك ففيه الشفعة بقيمته[١] يريد إذا فرض لها ذلك[٢] قبل البناء ، وأما إن دخل بها ثم فرض لها ذلك فإنما يأخذه الشفيع بصداق مثلها ، وهي منصوصةٌ هكذا ، وذلك بيّن .

[فصل ٣ ـــ في الصداق يؤخذ به رهن]

وإن تزوجها على صداقٍ مسمى ، أو تزوجها و لم يفرض لها صداقاً ، فأعطاها رهناً بالصداق المسمى أو بصداق مثله فهلك الرهن بيدها ، فإن كان الرهن حيواناً فلاشيء عليها ، والمصيبة من الزوج ، وإن كان مما تغيب عليه المرأة فهو منها[٣] [٤] .

فصل [٤ ـــ في صداق السر]

قال مالك : وإذا أظهر الزوجهان مهراً وأسرّا دونه أُخِذَا بما أسرَّا إن شهد به عدول[٥] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢١٩ .
(٢) "ذلك" ليست في ز .
(٣)،(٥) انظر : المصدر نفسه ٢/٢١٨،٢١٩ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .
(٤) ماتغيب عليه المرأة : هو مالايُعرف بعينهمن الأشياء كورقة النقود ونحوها .

[الباب الثالث]
في ضمان الصداق عن ولده أو أجنبي في صحة أو مرض وكيف إن لم يضمن

[فصل ١ ــ في ضمان الأب الصداق عن ولده]

ومن المدونة : قال مالك : ومن زوج ابنته وضمن لها الصداق في عقد النكاح أجزته .

قال ابن القاسم : ولايرجع به الأب على الزوج ، لأن ضمانه الصداق هاهنا على وجه الصِّلة والصَّدقة .

قال مالك : فإن مات الأب قبل أن تقبض البنت صداقها استوفته من مال أبيها ، فإن لم يترك الأب شيئاً فلاشيء لها على الزوج إذا كان قد دخل بها .

قال ابن القاسم : فإن لم يكن دخل بها فلاسبيل للزوج إليها حتى يعطيها مهرها ، وكذلك قال مالك فيمن قال لرجل : بِعْ من فلانٍ فرسك والثمن لك علي، فباعه ثم هلك الضامن قبل أن يقبض البائع الثمن أن للبائع الثمن من مال الضامن فإن لم يدَع شيئاً فلاشيء له على المبتاع ، وكذلك من ضمن لأحدٍ شيئاً ليخرج من يده لآخر شيئا على وجه الصلة .

وقال مالك فيمن زوج ابنه الصغير في حجره ولامال للابن ، أن الصداق على الأب ، فإن مات الأب أخذته الزوجة من ماله ، ولايحاسب الورثة الابن بذلك ويدفع إليه ميراثه كاملاً مما بقي ، فإن كان على الأب / دينٌ كان للمرأة أن [٧١/ب] تُحَاصَّهم بصداقها[١] .

---

(١) أي تحاص الغرماء بالصداق الذي وجب على أبي زوجها .
وتَحَاصُّ الغرماء : أي تقاسمهم المال بينهم بالحصص .
انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٢٢ .

قال : فإن كان للابن مالٌ لم يكن على الأب شيءٌ إلا أن يشترطه الأب على نفسه ، ويضمنه عنه ، فهو على الأب ولايرجع به على الابن(١) .

قال ابن المواز : إلا أن يكون ذلك من الأب على وجه الحَمَالَة(٢) لاعلى وجه الحمل(٣) ، فيكون للأب أو لورثته بعده الرجوع على الابن ، وهذا إذا كان له يوم زوَّجه الأب مال ، فإن لم يكن له يومئذٍ مالٌ(٤) فإن ذلك على الأب على كل حال(٥) .

[قال ابن القاسم](٦) : وكذلك لو كتبه على الابن فهو على الأب ولاينفعه ماكتب .

وقال أصبغ : بل يكون ذلك على الابن(٧) .

قال ابن المواز : وقول ابن القاسم أحب إلينا أنه على الأب إلا أن يقول الأب : إني لست منه في شيء ، وإنما لكم ذلك على ابني ، فهذا إن علم [به](٨) الابن بعد البلوغ وقبل الدخول كان فيه بالخيار إن شاء أن يلزمه نفسه ويثبت النكاح ، وإن شاء لم يلتزمه ويفسخ النكاح ، وإن دخل قبل أن يعلم وبعد البلوغ أسقط عنه مافوق صداق مثلها ، ويثبت النكاح(٩) .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٢٠،٢٢١ ، تهذيب المدونة ص٨٦ .

(٢) الحمالة شرعاً : هي التزام دينٍ لايسقطه أو طلب من هو عليه لمن هو له . شرح حدود ابن عرفة ٢/٤٢٧ .

(٣) المراد بالحمل : أن يحمل عنه مايجب وأن يقوم به من عنده .

(٤) "مال" ليست في أ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢١/أ .

(٦) من النوادر .

(٧) أي إذا كتبه الأب عليه برضى الزوجين .

(٨) من النوادر .

(٩) انظر : المصدر نفسه ٢٢١/أ .

[فصل ٢ ــ في ضمان الأب الصداق عن أجنبي]

ومن المدونة : قال مالك : والرجل الذي له الشرف يزوج رجلاً ويضمن صداقه ، فهذا لايتبعه بشيءٍ أيضاً .

قال ابن القاسم : وليست هذه الوجوه[١] فيما سمعنا من مالك بمنزلة حمالة الديون التي يرجع من تحمَّل بها على الذي تحمَّل عنه ، وإنما ذلك بمعنى الحمل والصلة ، وليس كهبةٍ لم تُقبض ، وهو كمن وهب لرجلٍ مالاً فلم يدفعه إليه حتى قال لرجل : بِعْهُ فرسك بالذي وهبت له ، وأنا ضامنٌ له حتى أدفعه إليك ، فقبض الرجل الفرس فأشهد على الواهب بالذهب ، فإن هذا يثبت للبائع على الواهب ، فإن لم يقبض البائع الثمن حتى مات الواهب و لم يدّع مالاً فلايرجع البائع على الموهوب بشيءٍ من ثمن الفرس ، وإنما وجب ثمن الفرس للبائع على الواهب ، وكذلك الصداق ، وعلى هذا ينبني ، وهذا محمَلُه .

قال مالك : وإن ضمن الأب صداق ابنه البالغ ودفعه عنه ، ثم طلق الابن قبل البناء رجع نصف الصداق إلى الأب وليس للابن منه شيء ، ولو لم يدفعه الأب رجعت عليه المرأة بنصفه ولايرجع الأب على الابن بشيءٍ مما ودى عنه[٢] .

قال ابن حبيب : وإن أُلْفِيَ النكاح فاسداً رجع إلى الأب ماودى عنه ، ولو تبارء[٣] الزوجان قبل البناء على المتاركة والنكاح صحيحٌ رجع الأب بما وداه ، وسقط عنه إن لم يود ، قاله ابن القاسم[٤] .

---

(١) أي تحمل الأب الصداق عن ابنه أو أجنبي .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٢١،٢٢٢ .

(٣) المبارأة في النكاح : قول الرجل لزوجته : برئت من نكاحك .
معجم لغة الفقهاء ص٣٩٨ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٢/أ،ب .

وقال ابن الماجشون : يرجع إلى الزوج النصف[1] الذي يجب لها بالطلاق ، كما لو باراها بعد البناء على ردِّ الجميع الذي وجب لها بالبناء كان[2] ذلك للزوج[3] .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : سألت أبا بكر بن عبد الرحمن عن العطايا إذا كانت في أصل عقد النكاح هل تفتقر إلى القبض؟

فقال : لاتفتقر إلى القبض ، ولاتبطل بموت المعطي قبل القبض ، لأنه باب معاوضةٍ لما نكح الزوج عليها .

قيل : فإن كان فيها غررٌ لعدم الصفة لما يعطى ونحوه أيبلغ به الفسخ؟

قال : لا ، لأن العطايا إنما هي مشترطةٌ للمرأة لاللزوج ، فلايضرُّ النكاح كونها مجهولة .

قيل : فإن طلق الزوج قبل البناء ، أو ماتت[4] ، هل ترجع هذه العطايا إلى المعطي لسقوط النكاح الذي لأجله / كانت العطايا؟ [٧١/ب]

فقال : لاترجع إليه ، لأنه قد مُنِعَ منها مرةً فلاترجع إليه بطلاق المرأة ، ولابموتها كالاعتصار[5] إذا طرأ مايمنع منه ثم زال المانع أنه لايرجع ، وإن كان قد اختلف في بعض ذلك إذا زالت موانع الاعتصار ، ولكن لايدخل هذا الاختلاف في مسألتك .

قيل : فهذه العطايا إنما كانت مشترطةً بهذا النكاح ولأجلها نكح الزوج وزاد في الصداق ، وإذا زال النكاح وجب زوالها بزواله ، كما إذا حمل صداق ولده ثم طلق الولد قبل البناء أن نصف الصداق يرجع إلى الأب؟

---

(١) أي من الصداق الذي تحمله أبوه .

(٢) في أ ، ب "جاز" .

(٣) المصدر نفسه ل٢٢٢/ب .

(٤) في جميع النسخ "مات" ، والتصحيح من تهذيب الطالب .

(٥) الاعتصار لغة : قال الخليل : هو أن يخرج من إنسان مالٌ بغرمٍ أو بوجهٍ من الوجوه . معجم مقاييس اللغة ، مادة (عَصَرَ) .
وشرعاً : قال ابن عرفة : هو ارتجاع المُعطِي عطيةً دون عوضٍ لابطوع المُعطَى .
شرح حدود ابن عرفة ٢/٥٥٩ .

فقال ليس هذا سواء[١] ، لأن الصداق هاهنا عوض البضع ، فإذا زال ملك الزوج عن البضع زال الصداق الذي بسببه أعطيه الزوج ، وفي مسألتك العطايا ليست عوض البضع إنما هي عطايا للزوجة فليس له رجوعٌ فيما أعطي لها ، وليس له حكمٌ بينه وبين الزوج[٢] .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا من أهل بلدنا[٣] : إذا انفسخ النكاح قبل البناء رجعت العطايا إلى الأب كالذي حمل الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل البناء أن نصف الصداق يرجع إلى الأب ، وأعاب بعض فقهائنا هذا القول وغلّطه[٤] وصوّب قول الشيخ أبي بكر بن عبد الرحمن[٥] ، واحتج بمثل حجته ، وزاد بأن قال: الصداق عوضٌ عن البضع ، وإنما يجب جميعه بالبناء فمتى سقط منه شيءٌ رجع ذلك إلى الحامل[٦] ، وليس الصداق في الحقيقة عوضاً عن العطايا وعن البضع ، ولاالزوج كالمشتري لها[٧] إذا زاد من أجلها ، ولو كان ذلك لكان النكاح فاسداً ، وإنما زيادته في الصداق من أجلها كزيادته لجمالها[٨] .

قال الشيخ : وظهر لي أن القياس ماقاله بعض شيوخنا ، وأنه لافرق بين حمله عن ولده الصداق ـ وبذلك انعقد نكاحه ـ وبين اعطائه عرضاً ، واعطاء ابنته عَرَضاً ، وعليه انعقد النكاح ، فإذا انفسخ العقد[٩] الذي من أجله كانت العطايا

---

(١) "سواء" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل١٣/ب .

(٣) "من أهل بلدنا" ليست في ز .

(٤) وهو عبد الحق الصقلي فقد قال : وهذا التمثيل عندي غير صحيح . المصدر نفسه ل١٣/ب .

(٥) أي الذي تقدم ذكره ، وهو أن العطايا لاترجع إلى الأب مطلقاً.

(٦) وهو الأب .

(٧) أي العطايا .

(٨) انظر : المصدر نفسه ل١٣/ب .

(٩) "العقد" ليست في ز .

يوجب انفساخها[١] ، وكأن الأب قال للزوجة : تزوجي ابني وأنا أصدق عنه من مالي مئة دينارٍ ، أو قال لرجلٍ : تزوَّجْ ابنتي وأنا أعطيها من مالي مئة دينارٍ ، فعقدا على ذلك ، ثم انفسخ النكاح ، لوجب أن يرجع في عطيته ، وهكذا كمن قال لرجل[٢] : بِعْ من فلانٍ سلعتك بمئة ، وأنا أعطيك المئة[٣] ، فانعقد الأمر على ذلك ثم استحقت السلعة ، أو وجد بها عيباً فردَّت ، أنه يرجع في عطيته ، لأنه إنما أعطاه ذلك من أجل البيع فلم يتم[٤] ، فلاتتم عليه العطية .

وأما قوله[٥] [٦] : وليس الصداق في الحقيقة عوضاً عن البضع والعطايا ، ولو كان كذلك كان فاسداً .

فنقول : إن الصداق في الحقيقة عوضٌ عن البضع والعطايا ، الا ترى أن الأب إذا أعدم بالعطايا كان للزوج فسخ النكاح ، فلو لم يكن عوضاً لما وجب فسخه ، ولم يفسد ذلك النكاح ، لأن العطية ليست للزوج ، وإنما هو كمن قال : أعط فلاناً ثوباً وأنا أشتري سلعته بمئة دينار ، فإذا انفسخ البيع انفسخت العطية ، لأن الهبة للبيع تنفسخ بانفساخه ، سواءٌ كانت للمشتري أو لغيره ، وهذا بيِّن ، والله أعلم بالصواب .

ومن المدونة : ابن وهب : قال ربيعة : ومن زوَّج ابنه الصغير ، والابن مليءٌ فالصداق على الابن وإن لم يكن مليئاً فعلى الأب .

---

(١) أي يوجب فسخ عقد النكاح انفساخ العطايا فللأب أن يرجع فيها .
(٢) "لرجل" ليست في ز .
(٣) في أ ، ب "ثوبا" .
(٤) "فلم يتم" ليست في أ ، ب .
(٥) "وأما قوله" ليست في أ ، ب .
(٦) أي عبد الحق الصقلي .

قال أبو الزناد[١] : أو جعله على الابن فيلزمه .

وقال يحيى بن سعيد : ومن زوج ابنه صغيراً أو كبيراً ولامال له فالصداق على الأب عاش أو مات ، فإن كان / لواحد منهما مال فذلك عليه إلا أن يشترطه الأب على نفسه[٢] [٣] .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : معنى قول يحيى : أو كبيراً ، يريد : سفيهاً[٤] .

قال الشيخ : وذلك عندي سواء[٥] ، لأنه هو عقد عليه ، فالصداق عليه إلا أن يظهر أنه على الابن كالوكيل يشتري سلعة فالثمن عليه إلا أن يقول : الموكّل ينقدك دوني[٦] .

ومن المدونة : قال ابن وهب عن مالك : إذا كان الولد صغيراً لامال له فزوجه الأب فالصداق على الأب ، ولايلزم الابن منه شئ وإن أيسر ، ولايرجع به الأب على الولد إذا أيسر الابن ، وإنما ذلك بمنزلة ماأنفق عليه .

وإن زوجه بنقد ومؤخر ، فدفع النقد ثم أيسر الولد فأراد الأب أن يجعل مؤخر الصداق على الابن فليس ذلك له ، وهو على الأب كله[٧] [٨] .

---

(١) هو أبو محمد عبد الرحمن بن أبي الزناد عبد الله بن ذكوان ، المدني ، إمام ، فقيه ، حافظ ، كثير الحديث سمع أباه وسهيل بن أبي صالح وهشام بن عروة وغيرهم ، قدم بغداد وتوفي بها سنة ١٧٤هـ .
انظر : الطبقات ٤٨٦/٥ ، سير أعلام النبلاء ٤٥٨/٧ ، شذرات الذهب ٢٨٤/١ .

(٢) أي فالصداق عليه في ماله كما تقدم أول الباب .

(٣) انظر : المدونة ٢٢٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٦،٨٧ .

(٤) تهذيب الطالب ل١٥/أ .

(٥) أي سواء أكان الابن الكبير سفيهاً أم لا فهو على الأب .

(٦) أي فيكون الثمن على الموكل .

(٧) "كله" ليست في أ ، ب .

(٨) انظر : المدونة ٢٢٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

قال عبد الوهاب : إذا زوج الأب ابنه الصغير، فإن سمى الأب الصداق عليه لزمه وكان ديناً عليه للمرأة ، وإن أطلق فلم يسمِّ على مَنْ الصداق نُظِر ، فإن كان للصبي مالٌ فالصداق عليه ، لأن من شرط عقود المعاوضات أن يكون العوض على من يملك المعَوَّض ، كما لو اشترى له ثوباً أو عقارا ، وإن لم يكن له مالٌ فالصداق على الأب ، لأنه ليس من النظر أن يلزم الأب ذمة الابن ديناً لايحتاج إليه ، لأن الصبي لايحتاج إلى التزويج ، فإن أيسر الابن[١] لم ينتقل الوجوب إليه ، لأنه استقر على الأب ، وإن أعسر الأب بعد بلوغ الابن وقبل دخوله ، وقالت المرأة : لاأسلِّم نفسي إلا بعد قبض الصداق ، قيل للابن : إن أردت فأدِّ الصداق وادخل ، وإلا فطلق ولايلزمك شيئ[٢] .

[فصل ٣ ـــ في ضمان الأب الصداق في مرضه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم عن مالك : ومن زوج ابنه الصغير في مرضه وضمن صداقه لم يجز الضمان ، لأنه وصيةٌ لوارث[٣] ، وجاز النكاح ، فإن شاء الابن البناء وهو كبيرٌ ودى الصداق ودخل بزوجته ، وإلا لم يلزمه الصداق ، وفسخ النكاح[٤] .

ابن المواز : قيل لمالك : فإن بلغ الابن في مرض أبيه فدخل بها ، وقبضت المرأة صداقها من الأب ، ثم مات الأب؟[٥]

---

(١) "الابن" ليست في ز .
(٢) انظر : المعونة ٧٣٥،٧٣٤/٢ .
(٣) فلايلزم إلا بإجازة الورثة .
(٤) انظر : المدونة ٢٢٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .
(٥) في أ "الابن" ، وهو خطأ .

قال : فالصداق مردود على ورثة الأب ، ولايكون ذلك لها ، لأنها عطية لوارث ، فيكون صداقها ديناً على زوجها تتبعه به .

قال ابن المواز : ولايحال بينه وبينها لذلك ، وذلك إذا بقي في يديها ربع دينار ، وإلاحيل بينهما حتى يدفع ربع دينار[١] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن كان الولد صغيراً وله مال نظر فيه وليه أو وصيه ، فإن رأى في إجازة ذلك غبطة[٢] دفع إليها الصداق من مال الولد ، وثبت النكاح ، وإن رأى غير ذلك فسخه ، وإن طلبت الزوجة ذلك في مرض الأب لم يكن لها شيء من مال الأب ، وقد قال مالك فيما يضمن الأب عن ابنه في مرضه : لايعجبني هذا النكاح .

قال ابن القاسم : وإن صح الأب لزمه الضمان ثم إن مرض بعد صحته فقد ثبت عليه الضمان[٣] .

قال ابن المواز : وإن ضمن الأب صداق ابنته في مرضه فابن القاسم وأشهب يريانه كالوصية لابنته فهي باطلة إن مات .

وقال ابن وهب وعبد الملك : هو وصية للزوج من الثلث ، وقاله مالك .

ابن المواز : وهو القياس[٤] إلا أن يكون أكثر من صداق مثلها فترد الزيادة ، فإن طلقها قبل البناء وقبل موت الأب فلها / نصف المهر من ثلثه ، ولاشيء للزوج في النصف الباقي ، لأنها عطية لزمته في نكاحه ، فما لم يجب عليه فهو عطية لم تقبض ، وماوجب عليه فهو كالمقبوض . [٧٢/ب]

قال ابن الماجشون : وقال ابن دينار وغيره من أصحابنا : إن طلقها قبل البناء فلاشيء لها من تركة الأب ، لأنه أعطاها[٥] على أنه إن هي دخلت تمت لها وإن طلقت أخذت بمعنى الوصية للوارث .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٣/أ .

(٢) أي منفعة عائدة على الابن ، أو لامضرة عليه في هذا الزواج .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٢٣ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٤) أي القول بأنه وصية للزوج .

(٥) في أ ، ب زيادة "لها" .

وخالف ذلك عبد الملك وأخذ بقول مالك[١] .

قال ابن المواز : وهو الصواب .

وقد سئل أشهب فيمن أقر في مرضه أنه قبض صداق ابنته ، ولم يدخل بها زوجها ، ثم مات الأب؟

فقال : إن ترك مالاً أُخذ من ماله .

قال ابن المواز : فقد ترك قوله الأول[٢] لهذا ، لأنه لو كانت الأولى عطيةً لابنته كانت هذه مثلها ، لأنه إنما يخرج ذلك من ماله لابنته ، فهو بمنزلة مالو قال : ادفعوا ذلك لها عن زوجها[٣] .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : إذا زوج ابنه الصغير ولامال للابن وشرط في عقد نكاحه أن يعطيه داراً أو مالاً نحا بعض شيوخنا من أهل بلدنا[٤] أن الصداق يكون على الابن لاعلى الأب ، لأنه صار موسراً بما أعطاه الأب .

قال[٥] : وفي المسألة نظر ، لأنه لم يتقدم يُسْرُه بهذا المال قبل عقد النكاح ، وإنما صار موسراً بعد عقد النكاح[٦] .

قال الشيخ : والصواب ماقال الشيخ[٧] ، لأنه معلومٌ أنه لم يتم العقد إلا بيسره ، فهو كالموسر قبل العقد ، وإنما العلة أن يكون له مالٌ ، وبالعقد يؤخذ منه الصداق ، وذلك موجودٌ في هذا ، وأما الفقير[٨] فالأب كالمشتري له ، فالثمن عليه[٩] ، إذ لاحجة له بأن يقول : يدفع ذلك من ماله ، وهو لامال له . والله أعلم.

---

(١) وهو أن لها نصف المهر من ثلث مال أبيها كما تقدم .

(٢) أي في مسألة ضمان الأب صداق ابنته في مرضه ، وهو أنه عطية لها تبطل بالموت .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٣/أ .

(٤) "من أهل بلدنا" ليست في ز .

(٥) أي بعض شيوخ عبد الحق .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل١٥/أ .

(٧) وهو أن الصداق يكون على الابن .

(٨) أي وأما تزويج الأب ابنه الفقير .

(٩) أي على الأب كما تقدم أول الباب .

ابن حبيب : ومن زوج ابنه الصغير أو الكبير أو أجنبيًا وضمن صداقه ثم قال الأب : إنما أردت الحَمَالَة[١] ، أو قاله ورثته بعد موته ، وقالت الزوجة أو الابن أو الأجنبي : بل أراد الحمل ، فإن لم تذكر البينة تفسير ذلك فهو على الحَمْل حتى ينصَّ على[٢] الحمالة نصًا ، قاله ابن الماجشون[٣] .

قال الشيخ : لأن العرف في ضمان الصدقات أنه على الحَمْل حتى يُشترط غيره .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا تزوج الصغير واشترط عليه شروط بتمليكٍ وعتقٍ وطلاقٍ فأجاز وليُّه ذلك ، أو زوَّجه وليُّه على ذلك فلايلزمه منها شيء إلا أن يلزمها نفسه بعد البلوغ[٤] ، وإذا بلغ قبل البناء وعلم بالشروط ودخل عليها لزمته ، وإن بنى ولم يعلم بها لم يلزمه منها شيء .

قال[٥] : وإذا لم يرض قبل البناء بالشروط قيل له : إما أن ترضى ، أو تطلق وتغرم نصف الصداق .

قال أصبغ : وإذا اختار الفسخ فلاشيء عليه ولاعلى أبيه إذا لم يدخل ، ولو كان يوم زوجه لامال له .

ابن المواز : وهذا أحب إلينا[٦] ، إلا أن تسقط المرأة الشروط فيلزمه النكاح كرسول الرجل يزوجه بشرط ، فإن بنى بعد العلم لزمه ، وإن لم يبن ولم يرض فإما[٧] رضيت بغير شرطٍ وإلا فَسَخَ ولاشيء عليه .

---

(١) أي حمالة الديون .
(٢) "على" ليست في ز .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٢/ب .
(٤) في ز "أن يلتزمها بعد البلوغ" .
(٥) أي ابن القاسم .
(٦) أي أنه إن اختار الفسخ فلاشيء عليه .
(٧) في جميع النسخ زيادة "إن" .

قال أصبغ : ولاعلى الرسول إن كان زعم أنه أمره بذلك .

قال في[١] غيره[٢] : ولو قال الصبي : شُرِطَ هذا عليَّ وأنا صغيرٌ ، وقال أولياء المرأة : بل وأنت كبيرٌ ، فعلى الزوج البينة وإلا حلف أولياء المرأة ، ولزمته تلك الشروط[٣] . / [٧٣/أ]

---

(١) "في" ليست في أ .

(٢) أي غير كتاب ابن حبيب ، لأن عبد الحق قال : وفي غير كتاب ابن حبيب : ولو قال الصبي ....الخ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٢١/أ ، تهذيب الطالب ل١٥/أ .

[الباب الرابع]
في حد الصداق وفي الصداق بأقل من ربع دينار

[فصل ١ ـــ في حد الصداق]

قال بعض البغداديين : لاحدَّ لأكثر الصداق إجماعاً ، وأقله عندنا ربع دينار من الذهب ، أو ثلاثة دراهم من الوَرِق ، أو مايساوي أحدهما[١] ، بناءً على القطع في السرقة[٢] ، لأنه عضوٌ محرَّم ، تناوله بحقِّ الله تعالى ، لايستباح إلا بمال ، فوجب أن يكون مقدَّراً كمثل مايُقطع فيه السارق[٣] ، ولأن المهر في النكاح حقٌ لله بدليل أنهما لو تراضيا على إسقاطه لم يجز ، وحقوق الله في الأموال مقدَّرة كالزكاة والكفَّارات[٤] .

[فصل ٢ ـــ في الصداق بأقل من ربع دينار]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فأقل الصداق ربع دينار ، فمن نكح بدرهمين أو بما يساويهما فإن رضي الزوج أن يُتمَّ لها ثلاثة دراهم ثبت النكاح ، وإن أبى فسخ النكاح قبل البناء ، وإن كان قد دخل بها جُبِرَ على أن يُتمَّ لها ثلاثة دراهم ، ولايُفسخ لاختلاف الناس في هذا الصداق ، لأن منهم من قال: ذلك صداقٌ جائزٌ ، ومنهم من قال : لايجوز .

---

(١) انظر : التفريع ٢/٢٢٧ ، الرسالة ص٢٤٣ .

(٢) لأن أقل مايجب به القطع في السرقة ربع دينار ، لما روت عائشة رضي الله عنها حيث قالت : قال النبي صلى الله عليه وسلم : "تُقطع اليد في ربع دينار فصاعدا" أخرجه البخاري ، كتاب الحدود ، باب قول الله تعالى : ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا﴾ وفي كم يقطع ٨/١٦،١٧ ، ومسلم ، كتاب الحدود ، باب حد السرقة ونصابها ٣/١٣١٢ رقم (١٦٨٤) .

(٣) قال ابن رشد : فلما وُجِد مايقطع فيه يد السارق مقيداً في السنة بمقدارٍ وجب أن يُحمل النكاح المطلق عليه . المقدمات الممهدات ١/٤٦٩ .

(٤) المعونة ٢/٧٥٠ .

وقال غيره[١] : يُفسخ قبل البناء وإن أتم الزوج ربع دينار ، ويُفسخ أيضاً بعد البناء ، ولها صداق مثلها ، وهو كمن تزوج بلاصداق .

قال ابن القاسم : وإن طلقها قبل البناء فلها نصف الدرهمين لاختلاف الناس في أنه صداق[٢] .

قال ابن المواز : قال مالك : أقل الصداق من الذهب ربع دينار ، ومن الوَرِق ثلاثة دراهم ، ومن العروض ماقيمته ثلاثة دراهم ، ومن تزوج بدرهمين فإن لم يدخل خُيِّر[٣] ، فإن أتم لها ثلاثة دراهم وإلا أُوقِعت عليه طلقة ، وكان لها نصف الدرهمين[٤] ، وإن دخل فقال عبد الملك : يلزمه تمام صداق المثل .

وقال ابن القاسم وأشهب : يتم لها ثلاثة دراهم .

قلت[٥] : فقول ربيعة : يجوز بدرهم ، وقال يحيى بن سعيد : يجوز بسوطٍ ونعلين؟ قال : ولو أجزته بدرهم لأجزته بأقل منه إلى مالايكون صداقاً .

وقد أجمل الله سبحانه مايقطع فيه اليد في السرقة[٦] ، فوقّت النبي عليه الصلاة والسلام فيه ربع دينار[٧] ، فهو مما له بالٌ ، فلايباح الفرج بما لابال له ، وهو يأتي كالعضو .

وأما يحيى بن سعيد في قوله : بسوطٍ ونعلين ، فقد استثنى إن كان ذلك صداقاً[٨] .

---

(١) أي غير ابن القاسم من الرواة .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٢٣ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٣) أي بين أن يتمّه أو يفسخ النكاح .

(٤) وقد تقدم من قول ابن القاسم .

(٥) القائل هو ابن أبي زيد .

(٦) أي في قوله تعالى : ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ . سورة المائدة : آية ٣٨ .

(٧) سبق تخريجه ص٢٠٠ .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٠/ب .

قال الشيخ : وقال الأبياني[1] في كتابه : إن أبى أن يُتم لها ربع دينارٍ فرّقنا بينهما بطلقةٍ، ولاشيء لها ، لانصف الدرهمين ولاغيره[2] .

ورجّح ابن الكاتب هذا ، وقال : هو الذي يوجبه النظر ، لأنه إذا كان الفسخ من الصداق من أجل أنه عندنا ليس بصداقٍ فكيف يُعطى نصف ماوجب الفسخ من أجله؟ ولأنه إنما يفسخ بحكمٍ فكيف يكون حكمه بالفساد ، ومن أجل فريضته حُكِمَ بصحة الفريضة ، إذ لاتستحق الزوجة إلا نصف مايصح ، وليس الفسخ كطلاقه إياها ، كاختلاف الزوجين في مقدار الصداق قبل البناء لأنهما إذا تحالفا انفسخ النكاح ، ولم يكن عليه من الصداق شيء ، وإذا طلق قبل التحالف لزمه نصف ماأقر به وإن كان قادراً إذا حلفت الزوجة على أن لايحلف ويتم لها ماقالته وتبقى على نكاحه ، فهو كالمتزوج بدرهمين ، إذ له البقاء على النكاح بتمامه ربع دينار ، فإذا لم يتمه فسخ ، وإن طلق لزمه نصف / الدرهمين[3] . [٧٣/ب]

قال الشيخ : والصواب ماقاله ابن المواز[4] وإليه ذهب أبو الحسن[5] ، وإنما كان لها في الفسخ نصف الدرهمين لأن بعض العلماء يراه نكاحاً صحيحاً لايجوز فسخه ، ويُسْعِدُه حديث الموطأ[6] ، وإنما فسخه عندنا على طريق

---

(١) في جميع النسخ "البلياني" وهو تصحيف .

(٢)،(٣) تهذيب الطالب ل١٥/ب .

(٤) أي عن مالك وهو أن لها نصف الدرهمين .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل١٥/ب .

(٦) وسيأتي قريباً .

الاستحباب ، إذ لو كان فاسداً لم يجب الثبات عليه وإن أتم ربع دينار ، فراعينا الخلاف فيه لقوّته ، وجعلنا حكمه حكم من طلق ، إذ لو شاء الثبات عليه لأتم ربع دينار ، فإن لم يتمه صار كمختارٍ للطلاق ، فوجب عليه لذلك نصف الدرهمين ، وليس ذلك كالاختلاف في قدر الصداق ، لأن هذا لو رضيت الزوجة بقول الزوج لتم ، ولايجوز لها الرضى بالدرهمين ، ولأن النكاح في[1] الاختلاف في الصداق صحيحٌ بإجماع ، وإنما اختلفنا في ثمنه كاختلاف المتبايعين في الثمن ، والعلل مفترقةٌ ، وعلى العلل يُقاس لاعلى الجواب .

وماروى مالك في الموطأ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأةٌ فقالت : يارسول الله إني قد وهبت نفسي لك ، فقامت قياماً طويلاً ، فقال رجل : يارسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "هل عندك من شيءٍ تُصْدِقُها إياه؟" فقال : ماعندي إلاإزاري هذا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إن أعطيتها إزارك جلست لاإزار لك ، فالتمس شيئا" ، فقال : ماأجد شيئاً ، قال : "التمس ولو خاتماً من حديد" ، فالتمس فلم يجد شيئا ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : "هل معك من القرآن شيء؟" قال : نعم ، سورة كذا وسورة كذا ، لسورٍ سمَّاها ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : "قد زوجتكها بما معك من القرآن"[2] ، قال مالك : ليس عليه العمل[3] .

---

(١) "النكاح في" ليست في ز .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب النظر إلى المرأة قبل التزويج ١٣١/٦،١٣٢ ، ومسلم كتاب النكاح ، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد ١٠٤٠/٢،١٠٤١ رقم (١٤٢٥) ، ومالك ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الصداق والحباء ٤١٦/٢ رقم (٨) .

(٣) وقد أورد المؤلف هذا الحديث لأن مفهومه يقتضي عدم تحديد أقل الصداق ، وهذا المفهوم يتعارض مع ماذكره من أن أقل الصداق ربع دينارٍ أو ثلاثة دراهم .

قال عبد الوهاب : ويستحب لمن تزوج أن يدفع شيئاً من الصداق قبل الدخول ، وأقله أقل[١] مايستباح به الفرج وهو ربع دينار ، لأنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك لما زوّج فاطمة من عليّ رضي الله عنهما[٢][٣] .

---

(١) "أقل" ليست في أ ، ب .

(٢) أخرجه البزار والطبراني ورجال الطبراني رجال الصحيح بلفظ : "تزوج عليٌّ فاطمة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ببَدَنٍ من حديد" ، انظر : مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، باب الصداق ٢٨٣/٤ .
والبدن هي الدِّرع ، سُميت بذلك لأنها تضمُّ البَدن،انظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة (بَدَنَ) .
وأخرج البيهقي مايدل على أن علياً رضي الله عنه أصدق فاطمة درعه ، كتاب الصداق ، باب لايدخل بها حتى يعطيها صداقها أو مارضيت به ٤١٢/٧ رقم (١٤٤٦١،١٤٤٦٢) .

(٣) المعونة ٧٥٣/٢ .

[الباب الخامس]
في المرأة تُحدث في الصداق هبة أو عتقا أو بيعا أو شراء أو زكاة أو غير ذلك

[فصل ١ ـــ فيما تملك به المرأة الصداق ملكاً مستقرا]

قال بعض أصحابنا البغداديين : الأصل عندنا أن المرأة تملك الصداق بالعقد والتسمية ملكاً غير مستقر ، وإنما يستقر بالموت أو بالدخول ، لأنه لو كان ملكاً مستقراً لم يجز أن يبطل بعد استقراره ، وقد ثبت أنها لو ارتدت أو كانت أمةً فعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول لم تستحق شيئاً ، لأن الفسخ من قِبَلِهَا ، ولو طلقت قبل البناء لملكت النصف ، فدل أنه غير مستقر ، وإنما يستقر بالموت أو بالدخول[1] .

[فصل ٢ ـــ في المرأة تحدث في الصداق هبة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا وهبت المرأة صداقها للزوج بعد أن قبضته أو قبل وهي جائزة الأمر ثم طلقها قبل البناء فلارجوع له عليها بشيء ، ولو وهبته نصفه فله الربع عليها إن قبضته ، أولها عليه إن لم تقبضه ، وكذلك في هبتها ستين من مئةٍ أو أربعين وقبضت الباقي فإنمّا عليها نصف ماقبضت[2] .

قال الشيخ : وكان لم يصدقها غيره[3] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٧٥٤/٢ .

(٢) انظر : المدونة ٢٢٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٣) لأنه لو أصدقها غيره وقبضته فله عليها نصفه أيضاً .

ومن كتاب محمد : وإذا وهبته قبل البناء جميع صداقها جُبِرَ على أن لايدخل / بها حتى يعطيها ربع دينار فأكثر ، فإن لم يفعل حتى طلق فلاشيء عليه ، ولو قبضته ثم وهبته فلاشيء لأحدهما على الآخر[١] . [٧٤/أ]

ومن العتبية : ابن القاسم : ومن تزوج بكراً بمئة دينار فأعطته ذلك من عندها ، ثم علم الأب فالنكاح ثابت بنى بها أو لم يبن ، ويرد ماأخذ منها ، ويغرم المئة من ماله ، كالعبد يعطي مالاً لمن يشتريه[٢] .

قال في[٣] رواية عيسى : ومن أعطته امرأةٌ مئة دينار يتزوجها بها ، فإن كانت ثيباً فزادها على ماأعطته ربع دينار فالنكاح جائز ، وإن كانت بكراً ولم يبن بها فإن أتم لها الصداق وإلا فسخ ، وأصل النكاح صحيح ، وإن بنى فلها عليه صداق المثل .

ثم رجع فقال : النكاح ثابتٌ بنى أو لم يبن[٤] ، فإن كانت بكراً فعليه أن يعطيها من ماله مثل ماأعطته ، وإن كانت ثيباً فزادها من ماله ربع دينار لم تكن لها حجة[٥] .

قال الشيخ : ذكر عن أبي عمران فيما جرى من عادتهم بالقيروان في رد النقد إلى الزوج ، أن ذلك نكاحٌ وسلفٌ لايجوز إذا وقعت الغيبة على النقد ، ولو لم يغب عليه واشترط ذلك كان النكاح صحيحاً .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٢/ب .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٦/٥ .

(٣) أي ابن القاسم .

(٤) وهو قوله الذي تقدم قريباً .

(٥) والنكاح جائز ، لأن الثيب مالكة أمر نفسها فعطيتها له جائزةٌ بخلاف البكر فإنها مَولِى عليها لاتجوز عطيتها .
انظر : المصدر نفسه ٣٩١/٤، ٣٩٢ .

فإذا فسد النكاح فيما ذكرناه[١] فسخ قبل البناء وثبت بعده ، لأنه فسادٌ في الصداق ، ويكون لها صداق المثل[٢] .

ومن المدونة : قال مالك : وأن وهبت مهرها لأجنبيٍّ قبل قبضه وهي جائزة الأمر فإن حمله ثلثها جاز ، وإن جاوز الثلث بطل جميعه إلا أن يجيزه الزوج .

وقال ابن القاسم : إذا حمله الثلث وكانت جائزة الأمر فلم يقبضه الموهوب له[٣] حتى طلقت قبل البناء ، فإن كانت موسرةً يوم طلقها فللموهوب أن يأخذ من الزوج جميع الصداق ، وللزوج الرجوع عليها بنصفه ، وإن كانت يوم طلق معسرةً حبس الزوج نصفه ودفع نصفه إلى الموهوب له ، ولو قبض الأجنبي جميعه قبل الطلاق لم يرجع عليه الزوج بشيء ، كانت الزوجة يوم الهبة موسرة أو معسرة ، أو الآن ، لأن دفعه ذلك إليه[٤] وهي معسرةٌ إجازةٌ لما فَعَلَتْه ، ويَتبع الزوج المرأة بنصفه[٥] .

ابن المواز : وروي لابن القاسم : أن للمرأة أن ترجع على الموهوب بما تغرم للزوج ، وهذا خلاف لقوله الأول[٦] [٧] .

ومن المدونة : قال غيره : إذا كانت يوم الهبة موسرةً ولم يقبضه الموهوب حتى طلقت لم ينظر إلى عسرها يوم الطلاق ، وعلى الزوج دفع جميعه إلى الموهوب وللزوج متابعتها بنصفه[٨] .

---

(١) أي بأن غاب الزوج على النقد على ماذكر أبو عمران .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل١٣/ب .

(٣) "له" ليست في ز .

(٤) "إليه" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٢٥،٢٢٦ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٦) وهو أن الزوج يرجع عليها بنصفه ، ولاترجع هي على الموهوب .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ٢٤٤/أ .

(٨) انظر : المدونة ٢/٢٢٦ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : أنه لما كان ملكها للصداق ملكاً[1] غير مستقر وأن للزوج أن يطلق فيستحق نصفه كانت هبتها لذلك النصف ضعيفة لحق الزوج فيه ، ولقول من يرى أن الهبة لاتتم إلا بالقبض فلما ضعفت لهذا استحسن ابن القاسم أنها إن كانت موسرة يوم الطلاق كان على الزوج دفعه إلى الموهوب ، لأن الزوجة أملك به قبل الطلاق ، وإذ لاضرر عليه في ذلك ، لأنه يرجع عليها بحقه ، وإن كانت معسرة كان له حبس نصفه لحقه فيه ، ولمراعاة الخلاف ، ولما يلحقه من الضرر .

ووجه قول غيره : أن الزوجة لما كانت أملك بجميع الصداق قبل الطلاق ، وكان ثلثها يوم الهبة يحمله ، كانت هبتها فيه جائزة ، ولاكلام للزوج فيه ، فلاينظر إلى ماحدث / بها بعد ذلك ، وعلى الزوج دفعه إلى الموهوب ، لأنه كان له ديناً عليه . [٧٤/ب]

قال الشيخ : وذكر أن أبا عمران قال : قول الغير أقيس[2]، لأن هبة الدين إذا كان في ذمة فهو مقبوض ، سواء مات الواهب أو أعدم ، وابن القاسم ضعّف أن يكون مقبوضاً وكأن الزوج عنده أدرك عين شيئه فهو أولى به .

وانتصر ابن الكاتب لابن القاسم فقال : الحيازة التي كانت من الزوج قد انكشف أنها لم تكن للموهوب في جميع الصداق ، وإنما كانت في نصفه لظهور استحقاق الزوج ، فإن كانت موسرة مضى فعلها ، لأنها فعلت مايجوز لها وهي معطية عوضا مما وهبت ـ يريد وإذا كانت معسرة بحق الزوج في النصف أبد الاستحقاق ذلك بالفراق يوم الطلاق ، وأن الزوجة لاتستحق إلا نصفه ، فكان الزوج أولى بأخذ مانُصَّ له في[3] القرآن[4] من موهوب لايستحق ذلك واهبه .

---

(١) "ملكاً" ليست في ز .

(٢) وهو أنه إنما ينظر إلى يُسرها يوم الهبة لايوم الطلاق .

(٣) "في" ليست في ز .

(٤) وهو نصف الصداق المنصوص عليه في قوله تعالى : ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ...﴾ الآية ، سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

وقد أطال في ذلك الحجّاج فاقتصرت على بعضه ومفهومه[١][٢] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم[٣] : ولو أصدقها حيواناً بعينه فقبضت ذلك المرأة ، ثم وهبته لأحدٍ وهي جائزة الأمر ، ثم طلقها الزوج قبل البناء ، كان له عليها نصف قيمته يوم وهبته ، نما عند الموهوب أو نقص .

وقال بعض الرواة : بل نصف قيمته يوم قبضته ، لأنها ضامنة له لو هلك[٤][٥] .

قال الشيخ : وقول مالك أولى[٦] ، لأنها لم تضمنه بالقبض فيلزمها إذا تعدت فيه قيمته يوم قبضت كالغاصب ، أو كالبيع الفاسد ، بل كان ضمانه منه ، لأنه لو مات[٧] ثم طلق الزوج قبل البناء لم يرجع عليها بشيء ، فقبضها وغير قبضها سواء ، فإنما يلزمها قيمته يوم أحدثت فيه ماأحدثت .

[فصل ٣ ــ في المرأة تُحدث في الصداق بيعاً أو عتقا]

قال ابن المواز : ولو باعته ثم طلقها قبل البناء جاز بيعها ، ورجع الزوج عليها بنصف الثمن[٨] .

---

(١) "ومفهومه" ليست في ز .
(٢) انظر : تهذيب الطالب ل١٥/ب ، ١٦/أ .
(٣) "قال ابن القاسم" ليست في ز .
(٤) "لأنها ضامنة له لو هلك" ليست في ز .
(٥) انظر : المدونة ٢/٢٢٧ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .
(٦) أي الذي رواه ابن القاسم ، وهو أنها تضمن نصف قيمته يوم وهبته .
(٧) أي الحيوان .
(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤١/أ .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : قال مالك : ولو نكحها بعبدٍ بعينه فدفعه إليها فأعتقته ثم طلقها قبل البناء ، فله عليها نصف قيمته يوم أعتقته[١] .

ابن المواز : وقال[٢] عبد الملك : بل نصف قيمته يوم قبضته[٣] ، ولايعجبنا ذلك ، لأن ضمانه منه[٤] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولايرد العتق موسرة كانت أو معسرة ، لأنها إن كانت يوم أعتقته موسرة لم يكن للزوج كلام ، وإن كانت معسرة وقد علم الزوج بعتقها فلم يغير ذلك جاز العتق فإن علم ذلك وأنكر عتقها وهي معسره كان له رد العتق ، ولايعتق من العبد شيئ ، لأن مالكاً قال : إذا أعتقت المرأة عبدها وثلثها لايحمله ، فلزوجها رده ولايعتق منه شيئ .

قال ابن القاسم : فإن رد الزوج عتقها ثم طلقها قبل البناء فأخذت نصف العبد فإنه يعتق عليها النصف الذي صار لها[٥] .

وقال اشهب في غير المدونة : لايعتق إذا رد الزوج عتقها أولا .

وقال أشهب وعبد الملك : وروي لمالكٍ أن ذات الزوج إن أعتقت ثلث عبدٍ لاتملك غير ذلك[٦] العبد ، خيرٌ الزوج ، فإما أجازه فيعتق جميعه ، أو يرده فلايعتق منه شيئ .

وقال ابن القاسم : يعتق ثلثه فقط وإن كره الزوج ، ورواه عن مالك .

ومن المدونة : ابن القاسم :ولو تزوجت ولها عبدٌ لامال لها غيره ، فأعتقته كله فرد الزوج عتقها ثم مات عنها أو طلقها ، فإنه يعتق عليها الآن جميعه .

وقد قال مالك في المفلس إذا ردَّ الغرماء عتقه ثم أفاد مالاً : أن العبد / يعتق [٧٥/أ] عليه ، فأرى الزوجة في عتقها بمنزلة المفلس في عتق عبده فيما وصفنا .

---

(١) انظر: المدونة ٢٢٨/٢ ، وهو كقوله في مسألة الهبة .

(٢) في ز زيادة "لي" .

(٣) "يوم قبضته" ليست في أ ، وهذا القول كقول بعض الرواة في مسألة الهبة .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٤/أ.

(٥) انظر : المدونة ٢٢٨/٢ .

(٦) "ذلك" ليست في ز .

وقد بلغني عن مالك أنه قال في الزوجة : يعتق عليها العبد إذا مات زوجها أو طلقها ، ولاأدري هل كان يرى أن يقضى بذلك عليها أم لا؟ والذي أرى ألاَّ تستخدمه ويعتق عليها[1] بغير قضاء[2] .

قال الشيخ : وفي العتق الأول[3] وجه ذلك والفرق فيه .

وفي كتاب محمد قال ابن القاسم : وإن كانت غَنَمًا فَزَكَّتها ، رجع بنصفها ناقصة ، ولو كانت مئتي[4] درهم فزكَّتها ، رجع بمئة كاملة .

ابن المواز : لأنها في العين ضامنة ، والنماء[5] فيها لها ، ومادعت أنه تلف مما قبضت صدقت فيما يصدق فيه المستعير والمرتهن مع يمينها ، ومايُغاب عليه من عين أو عرض فلاتبرأ من ضمانه إلا ببينة ، قاله ابن القاسم وعبد الملك .

قال أصبغ : وأرى في العين خاصة أنها تضمنه وإن قامت بينةٌ بهلاكه بغير تفريط .

قال ابن المواز : لايعجبني قول أصبغ ، ولاتضمن إذا قامت البينة بهلاكه إلا أن تحركه لغير جهازها ، وهو كالوديعة[6] .

قال عبد الملك : ولو لم يطلقها فادعت تلف مايغاب عليه ، وطالبها أن تتجهز بالصداق فليس ذلك له ، لأنه مالها ضاع ، فلاتضمن مالها ، وعليها اليمين ، وبالطلاق يصير مالاً له .

وقال عبد الملك في العتبية : عليها أن تخلف ذلك من مالها إذا لم تقم بينة بهلاكه لتشتري به جهازها[7] .

---

(١) "عليها" ليست في ز .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢٢٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٣) أي في كتاب العتق الأول من الجامع .

(٤) في أ ، ب "مئة" .

(٥) "والنماء" ليست في أ ، ب .

(٦) أي في أنه لايضمن إلا بالتعدي ومن التعدي استعماله لغير جهازها .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٤/ب .

(٧) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١١١/٥ .

ابن المواز : قال أصبغ : ولو اشترت بالعين جهازها بأمرٍ معروفٍ ظاهرٍ فضاع أو تلف لم تضمن ، كما لو أصدقها ذلك بعينه .

قال ابن المواز : وماأكلت من مهرها فإن طلق قبل البناء حوسبت به ، وإن لم يطلق وبنى فلاشيء عليها ، وقال ابن عبد الحكم عن مالك في المرأة المحتاجة : لها أن تأكل من صداقها بالمعروف وتكتسي ، وروي مثله عن ابن القاسم في العتبية[١] .

[فصل ٤ ـــ في المرأة تُحدث في الصداق شراء]

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج امرأةً بألف درهم ، فاشترت منه بها داره أو عبده أو مالايصلح لجهازها ، ثم طلقها قبل البناء ، فإنما له نصف ذلك ، نما أو نقص[٢] ، وهو بمنزلة مالو[٣] أصدقها إياه ، ولو أخذت منه الألف ثم اشترت ذلك من غيره ، رجع عليها إذا طلقها بنصف الألف درهم[٤] ، وكان لها نماؤه وعليها نقصانه ومنها[٥] مصيبته[٦] .

قال الشيخ : لأنها انفردت بمنفعته دونه ، ولم يدخل على ذلك[٧] .

قال مالك : إلا أن يكون مااشترت من غير الزوج مما يصلحها في جهازها مثل خادمٍ وعِطْرٍ وثيابٍ وفُرُشٍ وأسرَّةٍ ووسائدَ وكسوةٍ ونحوه ، فليس للزوج إذا طلقها إلا نصف ذلك[٨] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٣٣١/٤ ، النوادر والزيادات ل٢٤٤/ب .
(٢) "نما أو نقص" ليست في أ .
(٣) "لو" ليست في ز .
(٤) "درهم" ليست في ز .
(٥) في ز "وكان ذلك منها" .
(٦) انظر : المدونة ٢٣٠/٢ .
(٧) أي على انتفاعه بما اشترت .
(٨) أي نصف مااشترت وليس نصف الألف درهم .
انظر : المصدر نفسه ٢٣٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

قال عبد الوهاب : لأن العرف شراء الجهاز بالصداق ، فقد دخل الزوج على ذلك ، وصارت كأنها فعلت ذلك بأمره وتصريحه ، لقوله تعالى : ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَاهِلِينَ﴾[١] ، ولأنه عليه الصلاة والسلام أخذ صداق فاطمة فصرفه في جهازها من طيبٍ وفُرشٍ ووسائدَ على ماروي[٢] في الخبر[٣] ، وفِعْلُه على الوجوب ، ولأن علياً رضي الله عنه حكم بذلك في قضيةٍ ارتفع إليه فيها فقضى على الأب تجهيز ابنته بالصداق ، وقال للزوج لما طلق وطلب نصف مادفعه وقال : أَعطيتُ دراهم وأَخذتُ صُوفاً وخِرَقاً قال : أنت أضعت مالك ، ولم يخالف عليه أحد[٤] .

ومن المدونة : قال ابن وهب عن مالك : وليس للمرأة أن تحبس ذلك وتدفع إلى الزوج نصف مانقدها ، لأنه كان لذلك ضامناً ، فلايباع عليه ماله وهو / كارهٌ [٧٥/ب] إلا أن يرضى بذلك[٥] .

قال اسماعيل القاضي : إذا اشترت بصداقها من زوجها داراً أو عبداً فإنما يُنَزَّل أمرها على التخفيف عنه ، إلا أن يتبين أنها إنما قصدت الشراء منه كما تشتري من غيره ، للرغبة في ذلك ، فيرجع عليها حينئذ بنصف الصداق[٦] .

---

(١) سورة الأعراف : آية ١٩٩ .

(٢) من قوله "روي في الخبر" إلى آخر الباب ساقط من ز .

(٣) رواه البزار ، كتاب النكاح ، باب تزويج علي بفاطمة رضي الله عنها ١٥٣/٢ رقم (١٤٠٩) وفيه محمد بن ثابت وهو ضعيف . انظر : التقريب ٦٠/٢ رقم (٥٧٨٥) .
انظر : كشف الأستار عن زوائد البزار على الكتب الستة ، تأليف الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي (بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٤هـ) .

(٤) انظر : المعونة ٧٥٥/٢ .

(٥) انظر : المدونة ٢٣١/٢ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل١٦/أ .

وذكر عن بعض شيوخنا : إذا تزوجها بدنانير ثم أعطاها فيها عرضاً فاستحقّ فإنما ترجع عليه بقيمة العرض ، وكأن النكاح إنما وقع بذلك العرض والدنانير مُلغاة ، كما قال[1] : إذا طلقها قبل البناء إنما له نصف العرض بمنزلة مالو تزوجها به ، وهذا بخلاف البيوع ، لأن النكاح قد تظهر فيه التسمية في العلانية ، ويكون في السر غير ذلك[2] ، وليس البيوع كذلك[3] .

كما قال : لو تزوجها بثلاثين ديناراً عشرة منها نقداً وعشرة إلى أجل ، وسكتا عن العشرة الثالثة ، فالرواية : أن هذه العشرة المسكوت عنها تسقط ، ولو كان ذلك في البيع لكانت العشرة المسكوت عنها حالّةً ، وإنما فارق النكاح البيع في هذا ، لما ذكرنا أن فيه سرّاً وإعلاناً ، فأمره في غيرما وَجهٍ يخالف البيوع فاعلمه[4].

---

(١) أي مالك وقد تقدم قريباً .

(٢) كما تقدم ذكر ذلك في الباب الثاني من هذا الكتاب .

(٣) فالثمن فيها معلوم للطرفين من حين العقد فلايزاد فيه ولاينقص منه .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل ١٦/أ .

[الباب السادس]
في نماء الصداق ونقصه وغلته[1] وجنايته

[فصل ١ ــ في نماء الصداق ونقصه وغلّته]

قال مالك : وكل ماأصدقه الرجل امرأته من حيوانٍ أو رقيق بعينه تعرفه المرأة ، أو دار أو غير ذلك مما هو بعينه ، قبضت ذلك المرأة أو لم تقبضه فحال سوقه[2] ، أو نقص في بدنه ، أو نما ، أو توالد ثم طلقها قبل البناء ، فللزوج نصف ماأدرك من هذه الأشياء يوم طلق على ماهو به من نقص أو نماء ، لأنه في ذلك شريك لها[3] .

قال ابن القاسم : ولاينظر في هذا إلى قضاء قاض ، لأنه كان ضامناً لنقصها[4] .

قال مالك : ولو هلكت هذه الأشياء بيد المرأة ثم طلقها قبل البناء لم يرجع عليها بشيء ، ولو هلك ذلك بيده كان له أن يدخل بها ولاصداق عليه ، وتكون مصيبتها من المرأة[5] .

قال ابن القاسم : ولو نكحها بعرضٍ بعينه فضاع بيده ضمنه ، إلا أن تعلم ذلك فيكون منها[6] .

قال مالك : وإن تزوجها على حائط ، فأثمر الحائط عند الزوج ، أو[7] عند المرأة ، ثم طلقها قبل البناء والثمر قائم، فللزوج نصف ذلك كله وللمرأة نصفه[8] .

---

(١) الغَلَّة : هي الدَّخْلُ الذي يحصل من الزرع والثمر واللبن والإجارة والنِّتَاج ونحو ذلك . اللسان ، مادة (غَلَلَ) .

(٢) أي تغير سعره .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ٢٣٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٥)،(٦) انظر : المصدر نفسه ٢٢٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٧) في أ ، ب "واو" بدل "أو" .

(٨) كالحيوان أو الرقيق الذي نما ، أو توالد كما تقدم . انظر : المدونة ٢٢٧/٢ .

قال ابن القاسم : وماستهلك أحدهما من الثمر ضمن حصة صاحبه من ذلك ، وماسقى أحدهما في ذلك كان له بقدر علاجه وعمله .

وكذلك إن نكحها بعبدٍ بعينه فلم يدفعه إليها حتى اغتلَّه ثم طلقها قبل البناء فالغلة بينهما أيضا .

وكذلك إن نكحها بأمةٍ بعينها فولدت الأمة عند الزوج أو عندها ، أو اكتسبت مالا ، أو وُهِبَ لها ، أو تُصُدِّق به[1] عليها فذلك كله - إن طلقت قبل البناء - بينهما .

وكذلك ماغَلَّ أو تناسل من إبلٍ أو بقرٍ أو غنمٍ أو من جميع الحيوان ، أوأثمر من شجرٍ أو نخلٍ أو كَرْمٍ فذلك كله بينهما .

ومن استهلك من ذلك شيئًا ضمن حصة صاحبه منه ، إلا أنه يقضي لمن أنفق منهما بنفقته التي أنفقها فيه ، ثم يكون له نصف مابقي[2][3] .

وقد قيل : إن كل غلّةٍ أو ثمرةٍ للمرأة خاصة بضمانها ، كانت في يدها[4] أو في يد الزوج[5] .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم[6] قوله عليه الصلاة والسلام : "الخَرَاجُ بالضَّمَان"[7] ، فلما كان ضمان هذه الأشياء قبل البناء منهما كانت الغلّة بينهما ،

---

(١) "به" ليست في ز .

(٢) في ز "نصفها" .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٢٧،٢٢٩ .

(٤) في أ ، ب "مالها" .

(٥) انظر : تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٦) وهو أن زيادة الصداق بينهما .

(٧) أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع والإجارات ، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيبا ٣/٧٧٧،٧٧٨ رقم (٣٥٠٨) ، والترمذي ، كتاب البيوع ، باب ماجاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبا ٣/٥٨١ رقم (١٢٨٥) ، والنسائي ، كتاب البيوع ، باب الخراج بالضمان ٧/١٨٢،١٨٣ رقم (٤٤٩٠) ، وابن ماجه ، كتاب التجارات ، باب الخراج بالضمان ٢/٧٥٤ رقم (٢٢٤٢،٢٢٤٣) ، والحاكم ، كتاب البيوع ٢/١٨،١٩ رقم (٢١٧٦-٢١٨١) وصححه ، ووافقه الذهبي .
وقال الترمذي : حسن صحيح غريب.

وهذا بيِّن[١] .

ووجه قول غيره : لما كان أن[٢] لو هلكت هذه الأشياء قبل البناء كان للزوج أن يدخل ولاشيئ عليه صحَّ أن ضمانها من الزوجة ، فوجب أن تكون غلَّتها لها .

قال الشيخ : وقول / ابن القاسم أصح ، لأن ملك الزوجة للصداق ملكٌ [٧٦/أ] غير مستَقِرٍ قبل البناء ، فإذا وقع البناء صح ملكها له ، ووجب عليه ضمانه ، ولها غلته ، فإذا طلق الزوج قبل البناء صح ملكها لنصفه ، وملكه لنصفه ، فوجب أن تكون الغلة بينهما .

قال ابن المواز : وقد قيل : الغلة والنفقة على المرأة ، وأحب إلينا أن تكون النفقة من الغلة ، فإن لم تكن غَلَّةٌ فلانفقة على الزوجة .

قال : وماغتلَّت فهلك بيدها من غير سببها لم تضمنه ، وهي فيه مصدقةٌ مع يمينها إن أخذت في الغلة حيواناً ، ولاتصدق في هلاك العين إلا ببينة .

وأما الزوج فهو ضامن لما اغتَلَّ من عينٍ وغيره[٢] [٣] ، لأنه متعدٍ فيما يَستغلُّ وفي حبسه[٤] .

قال الشيخ : ولأن للمرأة استعجال المعين ، لأن ضمانه[٥] منها ، سواء طلبت الزوج بالدخول أم لا ، وسواءً كان الزوج صغيراً أو كبيراً ، قاله ابن حبيب.

ابن المواز : ومافَرِهَ[٦] أو نما في بدنه فلارجوع لمن أنفق عليه منهما بما أنفق إلا من غلةٍ إن كانت لاتعدوها ، وكذلك لو داوى مريضاً به .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ١٦/أ .
(٢) "أن" ليست في ز .
(٣) في ز زيادة "من" .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٤/ب .
(٥) في أ ، ب زيادة "هو" .
(٦) أي أَشِرَ وَبَطَر . انظر : اللسان ، مادة (فره) .

قال ابن القاسم : ولو أنفقت على العبد في تعليم صنعةٍ نفقةً عظيمةً فلارجوع لها بشيءٍ من ذلك .

وكذلك قال مالك في رده بعيبٍ في البيع ، وكذلك ماأنفقت في أدب الجارية وتعليمها الأدب والرَّقْم[١] ، وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية[٢] .

قال الشيخ : يدل قوله[٣] ، لو أنفقت عليه في مطعمٍ وملبسٍ رجعت بذلك لأن بذلك قوامه وحياته .

وقال ابن حبيب : لاترجع بذلك[٤] ، وهو خلاف[٥] .

---

(١) الرقم : التزيين ، ومنه قوله تعالى : ﴿كَلَّآ إِنَّ كِتَٰبَ ٱلْأَبْرَارِ لَفِى عِلِّيِّينَ . وَمَآ أَدْرَىٰكَ مَا عِلِّيُّونَ كِتَٰبٌ مَّرْقُومٌ يَشْهَدُهُ ٱلْمُقَرَّبُونَ﴾ . سورة المطففين : الآيات ١٨-٢١ .
يقال :رقمت الثوب ، إذا نمقته . انظر : غرر المقالة ص٢٧٠ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٤/ب .

(٣) أي قول ابن القاسم من عدم رجوع المرأة بما أنفقت على صداقها مما ليس به قوام حياته كتعليمه صنعة ونحو ذلك .

(٤) أي بما أنفقت عليه مما به قوام حياته .

(٥) أي أن قول ابن حبيب خلاف قول ابن القاسم من أن المرأة ترجع بذلك ، قال عبد الحق : لأن الزوج قد رجع إليه نصف ذلك بما وقع من الطلاق في الوجهين فلم لاترجع عليه بنصف ماأنفقت على الحيوان كما ترجع في الثمرة؟
تهذيب الطالب ل ١٦/ب .

فصل [٢ ـــ في جناية الصداق]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً بعبدٍ فجُنِيَ عليه جنايةٌ ثم طلقها قبل البناء فأرش ذلك بينهما ، ولو جنى العبد وهو في يد المرأة فدفعته بالجناية ثم طلقها بعد ذلك فلاشيئ للزوج في العبد ، ولاعلى المرأة إلا أن يُحَابِيَ[١] في الدفع فلايجوز محاباتها على الزوج في نصفه إلا برضاه ، وإنما يجوز إذا دفعته على وجه النظر[٢] .

قال ابن المواز : وإذا حابت على الزوج[٣] كان الزوج على خياره في نصفه، إن شاء أجاز ذلك ، وإن شاء غرم نصف الجناية وكان له نصف العبد ، فإن مات العبد قبل خياره رجع عليها بما زادت نصف قيمته على نصف الأرش[٤] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن كانت المرأة قد فدته ـ يريد قبل الطلاق لم يأخذ الزوج منها نصفه ، إلا أن يدفع إليها نصف مافدته به[٥] .

ابن المواز : وإن حابت[٦] .

قال أبو محمد : يريد إلا أن تعطي[٧] أكثر من الأرش[٨] .

قال الشيخ : يريد لأنها إذا فدته بالأرش وإن كان أكثر من قيمته لم يكن للزوج حجة ، لأنها لو أسلمته في الأرش لم يكن للزوج أن يأخذ نصفه إلا بدفع نصف الأرش ، وذلك لها عليه إذا فدته به[٩] فلم تُدخل عليه ضرراً .

---

(١) أي يسامح ، مشتقٌ من حَابَاه محاباةً أي سامحه . انظر : المصباح المنير ص١٢٠ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٢٩،٢٣٠ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٣) "على الزوج" ليست في ز .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ١٧/أ .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٣٠ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

(٦) تهذيب الطالب ل١٦/ب .

(٧) في ز "إلا أن يكون" .

(٨) المصدر نفسه ل١٦/ب .

(٩) "به" ليست في أ ، ب .

فأما إن باعته وحابت[1] في بيعه فإنه يرجع عليها بنصف المحاباة ، والفرق أنه في البيع لايستطيع الرجوع في نصفه ، لأنها باعته في وقت كان لها البيع جائزاً ، وقد أتلفت عليه بعض ثمن نصفه ، فوجب له الرجوع به ، وفي[2] الجناية لم تتلف عليه شيئاً ، لأنه على خياره في نصفه ، وليس عليها واجبٌ أن تفتديه ، فتكون قد أتلفت عليه شيئاً ، لأن المجني عليه استحقَّ رقبته ،إلا أن تفديه بالأرش ، وافتداؤه كاشترائه ، وليس واجب عليها أن تشتريه ، فلاتتكلَّف إخراج ثمنه ، وقد فُرِّق فيه بغير هذا ، وهذا أبين .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو جنى العبد وهو بيد الزوج - يريد قبل الطلاق - فليس للزوج دفعه ، وإنما ذلك للمرأة ، فإن طلقها قبل أن تدفعه وهو عنده أو عندها كان بمنزلتها في نصفه[3] . / [٧٦/ب]

---

(١) المحاباة في البيع : هي البيع بدون ثمن المثل . انظر: تنبيه الطالب ص١٦١ .

(٢) في أ ، ب "أو" بدل الواو .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٣٠ ، تهذيب المدونة ص٨٧ .

[الباب السابع]
في الصداق يستحق أو بعضه ، وزيادة الزوج فيه وتزويجه بمن يعتق عليها

[فصل ١ ـــ في الصداق إن استحق كله أو بعضه]

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً على عبدٍ بعينه ، أو أمةٍ بعينها ، أو دارٍ بعينها فاستحق بعض ذلك ، فإن كان الذي استُحِق من الدار فيه ضررٌ ، كان لها أن ترد بقيتها وتأخذ قيمتها ، أو تحبس مابقي وترجع بقيمة مااستحق ، فإن استحق منها مثل البيت أو الشيء التافه الذي لاضرر فيه رجعت بقيمته فقط ، وكذلك العُروض .

وأما مااستحق من العبد أو الأمة من جزءٍ قلَّ أو كثر فهي مخيَّرةٌ في[1] أن ترد بقيته وترجع بقيمة جميعه ، أو تحبس مابقي منه وترجع بقيمة مااستحق[2] .

وكذلك قال مالك في البيوع : إذا استحق من الدار أو النخل أو الأرضين الشيء التافه الذي لاضرر فيه ، لزم المشتري البيع ورجع بثمن مااستُحِق ، وإن استحق من ذلك مافيه ضررٌ ـ يعني عن الأجزاء ـ خيِّر المبتاع بين أن يحبس مابقي ويرجع بثمن[3] مااستحق ، أو يرد مابقي ويرجع بجميع الثمن .

وأما إن استحق جزءٌ يسيرٌ من عبدٍ أو أمةٍ فللمبتاع أن يحبس مابقي ويرجع بثمن مااستُحِق ، أو يرد مابقي ويأخذ جميع الثمن لضرر الشركة في العبد من منع السفر به ، ومن الوطء في الأمة بخلاف الدار[4] .

---

(١) "في" ليست في ز .
(٢) المصدر نفسه ص٨٨ .
(٣) في أ ، ب "بالثمن" .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٣١ .

قال الشيخ : وأما لو استُحِق من الدار بيتٌ أو ناحيةٌ بعينها وذلك يضر به في صفقته ، فيفترق الحكم فيه في النكاح من البيوع عند ابن القاسم .

أما في البيوع فليس له أن يحبس ماسلم بحصته من الثمن ، لأن حصة ذلك مجهولةٌ لاتعلم إلا بعد التقويم ، وهو قد وجب له الرد فصار الرضى بأخذه بحصته من الثمن[١] بيعاً مؤتنفاً بثمنٍ مجهول .

وأما إذا استُحِق جزءٌ شائعٌ كالنصف أو الثلث فحصة ذلك معلومة ، وفي النكاح يجوز الرضى بما بقي ، كان المستحق جزءاً شائعاً أو معيناً ، لأنه إنما يرجع في الوجهين بقيمة مااستحق كما لو استحقت الدار كلها ، فإنما يرجع بقيمتها ولاينفسخ النكاح .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن تزوجها على عُروضٍ أو رقيق لها عدد فاستحق منها شيءٌ فمحمله محمل البيوع ، لأن مالكاً قال : أشبه شيءٍ بالبيوع النكاح[٢] .

قال الشيخ : وهذه أيضا مثل الأولى[٣] ، إنما يستوي البيوع والنكاح إذا استحق من ذلك جزءٌ شائع .

فأما إن استحق شيءٌ معينٌ وهو كثيرٌ مما يضرُّ به في صفقته ، ويوجب له رد جميع الصفقة ، فيفترق البيوع من النكاح .

ففي البيوع لايجوز له الرضى بما بقي ، لأن حصته مجهولةٌ ، وفي النكاح يجوز لأنه في البعض وفي الجميع إنما يرجع بقيمة مااستُحِق[٤] .

ومن كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم فيمن تزوج بمالٍ فاستحق بعينه : فالنكاح ثابتٌ ، وإن بنى لم يمنع منها ، واتبعته بمثله إن كان مما يُقْضَى بمثله ، أو

---

(١) "من الثمن" ليست في ز .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٣٢ .

(٣) أي مثل المسألة التي تقدمت أول الباب وهي : من نكح امرأة على عبد بعينه أو دار بعينه فاستحق بعض ذلك .

(٤) وقد تقدمت هذه المسألة قريبا .

بقيمته إن كان مما يقوَّم ، وإن كان لم يدخل تَلوَّم[١] له السلطان فإن جاء به وإلا فرِّق بينهما .

قال أصبغ : وأرى إن كان قد دخل فاستحق الجميع أن يمنع منها حتى يدفع ولو ربع دينارٍ ، أو يكون قد بقي منه لم يستحق ربع دينارٍ فلايمنع ، وتتبعه بما بقي[٢] .

ابن المواز : ولواستعار شيئاً أو سَرَقه فتزوج به لِحيل بينه وبين امرأته وإن[٣] دخل حتى يدفع إليها جميع مهرها ، كالمكاتب يقاطع سيده بشيءٍ سَرَقه .

ـ **قال الشيخ** : ولو كان شيئًا تقدمت له فيه شبهة ملك ، وقد بنى فاستحق اتبعته به ، كالمكاتب يقاطع سيده به ـ .

وإن لم يبن تلوَّم له السلطان ، فإن جاء به وإلا فرق بينهما ، وكذلك / في [٧٧/أ] كتاب ابن المواز[٤] .

وقال أشهب عن مالك فيمن تزوج بعبدٍ بعينه ودخل بها فاعترف أنه[٥] مسروقٌ أو استعاره ، فإنه يحال بينه وبينها حتى يدفع إليها مهرها ، وقاله أشهب[٦] .

قال : ولو تزوج بعبد ولده الصغير فلاسبيل لأحدٍ عليه ، والمرأة أحق به قَرُبَ ذلك أو بَعُد ، موسراً كان الأب أو معدماً ، ويتبع به في ذمته ، وقاله مالك ، وذلك كشرائه ذلك لنفسه ، وكجواز[٧] عتق رقيقهم عن نفسه ، فهو كأنه اشتراه لنفسه وأعتقه ، أو تزوج به .

قيل : فَلِم كان إذا أعتقه عن نفسه يرد في عُدْمه ، ولايرد إذا أصدقه امرأته وهو عديم؟

---

(١) التلوُّم : هو الانتظار . انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٤٥ .
(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٨/ب .
(٣) في أ ، ب "فإن" .
(٤) انظر : المصدر نفسه ل٢٣٨/أ .
(٥) "أنه" ليست في ز .
(٦) قال ابن رشد : قوله : حتى يعطيها مهرها ، يريد : صداق مثلها وهو الصحيح في القياس . انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٦٧/٤ .
(٧) في أ ، ب زيادة "إن" .

قال : لأن من أعتق وهو عديم وعليه دين رد عتقه للدين ، وهذا قد صار لولده عليه دين وهو ثمنهم ، فلذلك رددت عتقه إلا أن يطول أمرهم ، وأما المرأة فكأنه باعهم منها ، وقد اشتراهم لنفسه من نفسه ، فخرجوا من يده بالبيع ، فليس ينقص على الغريم بيعه وشراؤه كما ينقص عليه عتقه .

ومن العتبية : قيل : فمن نكح بمال حرام أتخاف أن يُضارع الزنا؟

قال[1] : إي والله ، ولكن لاأقول به .

قال سحنون : ومن تزوج بعبد اغتصبه فالنكاح ثابت وعليه قيمته ، بخلاف الحر يتزوج به ، إذ لاضمان عليه في الحر ، ويضمن العبد الغصب ، ولو كانت الزوجة عالمة بغصبه فسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل .

وقد روى أصبغ عن ابن القاسم فيمن نكح بعبد لغيره أو بحر ، فلايفسخ ذلك بحال[2] ، تعمّد ذلك بمعرفته[3] أو لم يتعمّد .

قال أصبغ : وكذلك لو علمت هي بحرية الحر ولم يعلم هو إلا أن يعلما جميعًا فيفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل[4] .

فصل [٢ ـــ في زيادة الزوج في الصداق]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأة على صداق مسمى ثم زادها فيه بعد ذلك طوعاً فلم تقبضه حتى مات ، أو طلق قبل البناء ، فلها نصف الزيادة إن طلق ، وإن مات لم تأخذ منه شيئاً ، لأنها عطية لم تقبض[5] .

---

(١) أي مالك .

(٢) اي سواء بنى أو لم يبن .

(٣) "بمعرفته" ليست في أ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٤/٣٧٠،٤٤٤ .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٣٢ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .

قال عبد الوهاب : وقال شيخنا أبو بكر الأَبهَـرِي[١] وغيره من أصحابنا : القياس أن تجب لها الزيادة بالموت ، لأنه لايخلو أن تكون الزيادة حكمها حكم المهر أو حكم الهبة التي لاتستقر إلا بالقبض ، فإن كانت كالمهر وجب استحقاقها بالموت وإن كانت كالهبة وجب ألا يجب لها نصفها بالطلاق قبل[٢] الدخول ، لتأخير القبض ، فلما وجب نصفها بالطلاق دل على أنها في حكم الصداق[٣] .

قال الشيخ : ولأنها لو كانت كالهبة لم يثبتها الدخول ، لأن الهبات لاتستقر إلا بالقبض ، وإنما هي كالهبة بعد البيع للبيع ، حكمها حكم الثمن أنها وإن قبضت ثم ردت السلعة بعيبٍ فإنها ترد مع الثمن ، ولو كانت هبةً خالصةً لم ترد ، لأنها قد قبضت ، فكذلك الزيادة في الصداق يجب أن يكون حكمها حكم الصداق[٤] .

فصل [٣ ـــ في نكاح المرأة بمن يعتق عليها]

ومن المدونة : قال مالك : ومن نكح امرأةً على أبيها أو من يعتق عليها عتق عليها بالعقد ، فإن طلقها الزوج قبل البناء رجع عليها بنصف قيمته .

---

(١) هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن محمد التميمي الأَبْهَرِي ، فقيهٌ ، عالمٌ ، ثقةٌ ، محدثٌ ، مشهورٌ ، انتهت إليه الرئاسة في مذهب مالك ببغداد ، تفقه على القاضي أبي عمر محمد بن يوسف وابنه أبي الحسين ، وأخذ عن أبي الفرج وابن بكير وغيرهما ، له تآليف كثيرة منها : شرح المختصر الكبير والمختصر الصغير لابن عبد الحكم ، وكتاب الأصول ، وكتاب إجماع أهل المدينة ، وكتاب الأمالي ، توفي سنة ٣٧٥هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٤٦٦/٢ ، سير أعلام النبلاء ٤٠٦/١٢ ، الديباج ٢٠٦/٢ ، شجرة النور ص٩١ .

(٢) في ز "وقبل" .

(٣) المعونة ٧٦٢/٢ .

(٤) فتستحق الزوجة نصفها إن طلقت قبل الدخول .

قال ابن القاسم : وبلغني عن مالك أنه استحسن أن لايرجع الزوج[1] على المرأة[2] بشيء ، وقوله الأول أحب إلي ، أنه يرجع عليها بنصف قيمته ، كانت معسرةً أو موسرة ، ولايتبع العبد بشيء ، ولايرد عتقه ، كقول مالك في معسرٍ أعتق عبده فعلم غريمه فلم ينكر الغريم وسكت ، ثم أراد الغريم بعد ذلك رد العبد في الرق من أجل دينه فليس ذلك له .

قال ابن القاسم : والزوج حين أصدقها / إياه قد علم أنه ممن يعتق عليها ، [٧٧/ب] فلذلك لم أرده على العبد بشيء[3] .

قال عبد الملك في غير المدونة : وإنما عتق على الزوجة لأنها قبلته وهي تعلم أن عتقه لها لازم ، فهي كمن قالت لرجل : أصدقني عبداً بعينه على أنه حرٌ إذا ملكته ، فعليها نصف قيمته إذا طلقت قبل البناء ، وقد استحسن مالكٌ أن لايرجع عليها بشيء[4] .

قال : لأنه أعطاها وهو يعلم أنه لايثبت بيدها ولاطرفة عين ، فكأنه أعطاها على أن لايرجع به إن طلق .

قال مالك : وإن لم يعلم به الزوج أنه ممن يعتق عليها إلا عند الطلاق فله أخذ نصفه ، ويمضي عتق نصفه ، إلا أن يشاء اتباعها بنصف قيمته ، فيمضي لها عتقه كله فذلك له[5] .

قال الشيخ : ولو أصدقها إياه عالماً بأنه ممن يعتق عليها وهي لاتعلم لعتق عليه ويغرم لها[6] قيمته كالمقارض يشتري أبا ربِّ المال عالماً ، فإن طلق الزوج[7] قبل البناء فعليه نصف قيمته .

---

(١) "الزوج" ليست في ز .

(٢) "على المرأة" ليست في أ .

(٣) انظر : المدونة ٢٣٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .

(٤) كما ذكر ابن القاسم ، وقد تقدم قريباً .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٧/ب .

(٦) "لها" ليست في أ ، ب .

(٧) "الزوج" ليست في ز .

ومن الواضحة : ومن نكح امرأةً على أبيها أو من يعتق عليها وهي تعلمه أو لاتعلمه ، فإنه يعتق عليها ، بكراً كانت أو ثيباً ، فإن طلقها قبل البناء رجع عليها بنصف قيمته يوم أصدقها إياه ، فإن لم يجد لها غيره فانظر ، فإن كان علم هو يوم العقد أنه ممن يعتق عليها فليس له رد العتق ويتبعها بذلك ، وإن لم يعلم به إلا عند الطلاق فله أخذ نصفه ويمضي عتق نصفه إلا أن يشاء اتباعها بنصف قيمته فذلك له فيمضي عتقه كله ، وقاله [لي] [١] من كاشفت من أصحاب مالك[٢] .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : تأول بعض الناس في مسألة الكتاب إذا تزوجها بمن يعتق عليها ، إنما يصح ذلك في الثيب ، فأما في البكر فلايجوز ذلك للولي ، لأنه يعتق عليها ، وذلك ضررٌ ، كما[٣] لايجوز للوصي أن يشتري لمن يلي عليه من يعتق عليه[٤] .

قال الشيخ : وهذا خيرٌ من كلام ابن حبيب في البكر[٥] ، وقوله أيضاً : إن كانت الزوجة معسرةً فله[٦] أن يتبعها بنصف قيمته ، خلافٌ لقول ابن القاسم[٧] ، وهو كقول ابن المواز في أحد الشريكين يعتق حصته من عبدٍ وهو معسرٌ ، فللشريك أن يتبعه بنصف القيمة ديناً ، وهذا لايقوله ابن القاسم ، وقيل غير هذا ، وهذا أحسن[٨] .

قال ابن الماجشون : فإن نكحها على أن يعتق لها أباها فالنكاح مفسوخٌ ، وإن كان على أن يعتقه عنها فالولاء لها ولاشيء عليها ، لأنها لم تملكه ، وإن كان

---

(١) من النوادر .
(٢) انظر : المصدر نفسه ل٢٣٧/ب ، تهذيب الطالب ل١٧/أ .
(٣) "كما" ليست في أ ، ب .
(٤) انظر : المصدر نفسه ل١٧/أ .
(٥) فإنه لم يفرق بينها وبين الثيب في ذلك كما تقدم .
(٦) "فله" ليست في أ ، ب .
(٧) أي من عدم التفريق بين كونها معسرة أو موسرة كما تقدم .
(٨) انظر : المصدر نفسه ل١٧/أ .

على أن يعتقه عن نفسه فالولاء له ، ويفسخ النكاح قبل البناء ، ويثبت بعده ، ولها صداق المثل[١] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٧/ب ، تهذيب الطالب ل١٧/ب .

[الباب الثامن]
في صداق الذمية ، والمجوسية تسلم
وصداق الأمة والمرتدة والغارة

[فصل ١ ــ في صداق الذمية والمجوسية إن أسلمتا
وصداق الأمة إن عتقت تحت عبد]

قال مالك : وإذا أسلمت الكتابية أو المجوسية و لم يسلم الزوج فهو فسخٌ بغير طلاق ، فإن لم يبن بها فلاصداق لها نقداً ولاموخراً ، فإن قبضته ردته ، لأن الفرقة جاءت من قِبَلِهَا ، ولو بنى بها كان لها جميع صداقها مقدَّمه وموخَّره .

وكذلك الأمة تعتق تحت عبدٍ فتختار نفسها ، فإن كان قد[١] بنى بها أخذت جميع صداقها مقدَّمه وموخَّره ، وإن لم يبن بها فلاشيء لها من الصداق ، وإن كانت أخذت منه شيئاً ردته ، وفرقة هذه تطليقة[٢] .

فصل [٢ ــ في صداق الأمة المبعضة]

قال مالك : وإذا كانت أمةً نصفها حرٌ فصداقها / موقوفٌ بيدها كمالها ، [٧٨/أ] وليس لمن له فيها الرق أن يأخذ منه شيئاً ، ويلي عقد نكاحها من له فيها الرق برضاها[٣] .

قال الشيخ : وهي كالأمة بين الشريكين فليس لأحدٍ أن يأخذ شيئاً من مالها أو يزوجها إلا أن يجتمعا على ذلك ، وكذلك هذه[٤] ، لأنها شريكةٌ لسيدها في نفسها .

---

(١) "كان قد" ليست في ز .
(٢)،(٣) انظر : المدونة ٢٣٣،٢٣٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .
(٤) أي المبعضة .

وحكي عن بعض شيوخنا أنه قال : الفرق بين صداق هذه الأمة وبين أرش جراحها:أن ذلك بينها وبين السيد ، لأن ذلك ثمن عضو هو بينها وبين السيد ، فوجب أن يكون ثمنه بينهما ، والصداق قد سمّاه الله نِحْلَةً[1] ، والنّحْلَة كالهبة[2] ، فكان ذلك موقوفاً بيدها كسائر مالها ، ولأن الصداق ثمن بُضْعٍ استباحه بإذن السيد، والجرح استباحه بغير إذنه فوجب له ثمن حصته[3] ، والله أعلم .

فصل [٣ ـــ في صداق الأمة إنابتاعها سيدها]

قال مالك : ومن تزوج أمةً ثم ابتاعها من سيدها قبل البناء فلاصداق لها ، وإن قبضه السيد رده ؛ لأن الفسخ من قِبَلِه ، وإن ابتاعها بعد البناء فالصداق لسيدها البائع كمالها إلا أن يشترطه المبتاع .

قال : وإن ابتاعها غير الزوج فمهرها للسيد البائع ، إذ النكاح قائمٌ[4] بنى بها الزوج أم لا ، بمنزلة مالها إلا أن يشترطه المبتاع .

قال مالك : وإذا أُعتقت أمةٌ تحت عبدٍ بعد البناء وقد كان الزوج فرض لها ـ يريد واختارت نفسها أو المقام مع زوجها ـ فلها مهرها كمالها ، إلا أن يشترطه السيد فيكون له .

قال : وكذلك إن أعتقت قبل البناء ، وقد كان الزوج فرض لها قبل العتق فاختارت المقام مع الزوج فمهرها لها يتبعها إذا عتقت إلا أن يكون السيد أخذه قبل العتق ، أو اشترطه فيكون له[5] .

---

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ . سورة النساء : آية ٤ .

(٢) قال أبو حيان : نِحْلة : هبة .

انظر : تحفة الأريب بما في القرآن من الغريب ، تأليف أبي حيان محمد بن يوسف بن علي الأندلسي ، تحقيق سمير المجذوب (بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ) ص٢٩٨ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/أ .

(٤) "إذ النكاح قائم" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٣٣،٢٣٤ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .

قال الشيخ : فهذا يدل على أن للسيد حبس صداقها ويتركها بلاجهاز .

وقال في كتاب الرهن من المُختلِطة : لايحبس السيد صداق أمته ، ولكن يجهزها به كالحرة[١] .

قال سحنون : وابن القاسم يرى أن للسيد انتزاع صداق[٢] أمته ، ولست أقوله ، وقد قال مالك : وليس للحرة أن تقضي منه الدين إلا الشئ اليسير[٣] .

وقيل : يحتمل أن يكون معنى مافي كتاب الرهن : أنه بوّأها مع زوجها بيتاً فلزمه أن يجهّزها بصداقها ، وهاهنا لم تُبوأ معه بيتاً ، فليس على السيد أن يجهزها به فجاز له انتزاعه ، والله أعلم[٤] .

وروي عن سحنون : أنه يترك لها منه ثلاثة دراهم ، إذ ليس له أن يزوجها بلاصداق[٥] .

وروى أبو زيد في العتبية[٦] عن ابن القاسم فيمن زوج أمته ففلس السيد قبل البناء فباعها عليه السلطان فاشتراها زوجها أن الصداق للبائع[٧] .

ـ **قال الشيخ** : يريد نصف الصداق ، لانفساخ النكاح بشراء الزوج لها ـ

قال : ولايرجع به الزوج ، لأن السلطان هو الذي باعها ، بخلاف بيع السيد[٨] .

قال الشيخ : وعاب ذلك أبو عمران وضعّفه وقال : قد اختلف قول ابن القاسم في ذلك[٩] .

---

(١) انظر : المدونة ٣١٦/٥ ، تهذيب الطالب ل١٩/أ .

(٢) "صداق" ليست في أ ، ب .

(٣) أي : وكذلك الأمة . انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥٥/٥ .

(٤)،(٥) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/أ .

(٦) في أ "الثمانية" ، وهو خطأ .

(٧) وهو السيد .

(٨) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٣١/٥ .

(٩) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/أ .

وقد روى لنا الباجي[1] مما أخرج في سماع عيسى أن لاشيء للبائع من الصداق ، وبيعه وبيع السلطان سواء[2] .

وقد تأوّل بعض الناس أن معنى قوله في رواية أبي زيد : ليس للزوج رجوع على سيد الأمة بالصداق ـ يريد : لايرجع به في ثمن الأمة فيحاص به غرماء سيدها لأن النكاح إنما انفسخ بعد عقد البيع ، فهو كدينٍ طرأ من معاملةٍ حدثت[3] .

ومن النكاح[4] : قال / مالك : فإن اختارت هذه[5] نفسها قبل البناء فلاصداق لها ، وإن قبضه السيد رده ، فإن كان قد اشترطه بطل شرطه ، لأن الفسخ جاء من قِبَلِه . [٧٨/ب]

قال ابن القاسم : وأما التي زوجها سيدها بتفويضٍ ثم أعتقها قبل البناء ، ثم فرض لها الزوج بعد العتق ، واختارت المقام معه ، فهذه يكون لها جميع مافرض لها ولاسبيل للسيد عليه ، إذ لم يكن ذلك[6] بمالٍ لها فيشترطه ، وإذ لو مات الزوج أو طلق قبل الفريضة لم يكن لها شيء ، فلما رضي الزوج بالفريضة قبل البناء كان شيئاً تطوّع به الزوج لم يكن وجب عليه في أصل النكاح .

قال مالك : ومن زوج أمته فله منعها من الزوج حتى يقبض صداقها .

---

(١) هو أبو محمد عبد الله بن محمد بن علي بن شريعة اللَّخمي ، المعروف بالبَاجي ، فقيهٌ ، محدثٌ ، عالمٌ ، حافظٌ ، سمع من ابن لُبَابة ، وأسلم بن عبد العزيز ، وأحمد بن خالد ، وابن مسرور ، وقاسم بن أصبغ وغيرهم ، إليه كانت الرحلة في وقته بإشبيلية ، وحدث نحواً من خمسين سنة ، وغلبت عليه الرواية والحديث ، توفي سنة ٣٧٨هـ .

انظر : ترتيب المدارك ٥٧٩/٢ ، شجرة النور ص١٠٠ .

(٢)،(٣) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/أ .

(٤) أي ومن كتاب النكاح الثالث في المدونة .

(٥) أي الأمة التي عتقت وهي تحت عبد .

(٦) "ذلك" ليست في أ ، ب .

ابن وهب : وقال بُكَيْر[1] وغيره[2] : وللسيد أخذ صداقها إلا قدر مايستحل به فرجها[3] ، وله أن يضع من مهرها لزوجها بغير إذنها .

ابن شهاب : هو كمالها ، وللسيد أخذه إذا احتاج إليه كما يأخذ مالها ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : "من باع عبداً وله مالٌ فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع"[4] [5] .

فصل [٤ ـــ في صداق المجوسية تسلم]

قال مالك : وإذا أسلم أحد الزوجين المجوسيين بعد البناء ففرق بينهما ، فللمرأة صداقها المسمى كاملا[6] .

[فصل ٥ ـــ في صداق المرتدة]

ابن القاسم : وكذلك المرتدة إذا بنى بها زوجها قبل أن تستتاب ،فلها صداقها المسمى[7] .

---

(١) هو بُكير بن عبد الله بن الأشج القرشي المدني ، مولى المسور بن مخرمة الزهري ، تابعيٌ ، إمامٌ، ثقةٌ، حافظٌ ، كثير الحديث ، نزل مصر ، وهو أحد شيوخ الليث بن سعد ، توفي بالمدينة سنة ١٢٧هـ ، وقيل ١٢٢هـ .
انظر : الطبقات ٤١١/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٧٩/٦ ، شذرات الذهب ١٦٠/١ .

(٢) كيحيى بن سعيد .

(٣) وقاله سحنون كما تقدم .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب المساقاة ، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط٨١/٣ ، ومسلم ، كتاب البيوع ، باب من باع نخلا عليها ثمر ١١٧٢/٣ رقم (١٥٤٣) .

(٥) انظر : المدونة ٢٣٤/٢،٢٣٥ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .

(٦)،(٧) انظر : المدونة ٢٣٥/٢ .

[فصل ٦ ـــ في صداق من اشترط في نكاحها أن ماولدت فهو حر]

قال : وكذلك من زوج أمته وشرط أن ماولدت فهو حرٌ، لم يقر هذا النكاح على حال ، ويكون لها إن دخل بها المسمى[١] .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : وقيل : لها صداق المثل ، وهو أقيس ، وذلك أن الصداق وقع للبُضْع ولحرية الولد ، ومايخصُّ كلَّ واحدٍ[٢] من ذلك مجهول ، فهو كمن تزوج بصداقٍ مجهولٍ، فوجب لذلك صداق المثل[٣] .

قال الشيخ : ووجه الأخرى[٤] : فلأن الصداق إنما وقع على البضع المتيقَّن ، والولد أمرٌ يكون أو لايكون فلاحقَّ له .

ابن المواز عن مالك : إن نكح على هذا[٥] فسخ قبل الدخول وبعده ، سواءٌ زوَّجها من حرٌّ أو عبدٍ له أو لغيره ، ويكون الولد حراً ، وولاؤه لسيد الأمة الذي أعتقه[٦] .

ابن حبيب : ولو شرط أول ولدٍ تلده حرًّا، فإن عُثِرَ على ذلك قبل الولد فسخ قبل البناء وبعده ، وإن لم يُنظر فيه حتى ولدت عتق الولد ، وثبت النكاح ، إذ لم يبق فيه شرط[٧] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٢٣٥/٢ .

(٢) "كل واحد" ليست في أ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/ب .

(٤) وهو أن لها المسمى .

(٥) أي اشترط سيد الأمة أن ولدها حر .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٠/أ .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل٢٦٠/ب .

ابن المواز : ولو كانت اغتُصبت فزوّجها الغاصب من رجلٍ على أن ولدها منه حرٌ ، فولدت ثم استحقها سيدها ، فليأخذها ولاحرية لهم .

ـ **قال الشيخ** : إذ لاينعقد عليه ماشرط غيره في أمته ـ .

قال ابن القاسم في المستخرجة : وليس لأبيهم أن يعتقهم إلا أن يشاء السيد ولاللسيد أن يلزم ذلك الأب إذا أباه الأب(١) .

قال يحيى بن عمر(٢) : وهو بخلاف ولد الذي يتزوج الأمة على أنها حرة(٣) .

قال الشيخ : والفرق بينهما : أن الأول شرط له حرية الولد غير مالكه ، فلم يتم له شرطه ، ومتزوج الغارّة إنما تزوج حرةً في ظنِّه ، وأن ولده منها حرٌّ من أصله ، لاشرط(٤) فيه لأحدٍ(٥) ، فوجبت بذلك حريته كولد المشتري للأمة تستحق بملك ، لأنه إنما أولد أمته في ظنه ، وأن ولده منها حرٌ من أصله ، فوجب بذلك حريته / وبذلك قضى عمر بن الخطاب ، وألزم الأب قيمتهم لمولى الأمة [٧٩/أ] عبيداً يوم الحكم(٦) ، إذ لاسبيل إلى رقّهم ، وهذا بيّنٌ فاعلمه .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/ب .

(٢) هو أبو زكريا يحيى بن عمر بن يوسف الكناني الأندلسي ، إمامٌ ، فقيهٌ ، ثقةٌ ، عابدٌ ، كان حافظاً للفروع ، ضابطاً لكتبه ، سمع من سحنون ـ وبه تفقه ـ وابن بُكير والبَرقي والدمياطي وأبي مصعب ، له مصنفاتٌ عديدةٌ منها : مختصر المستخرجة ، كتاب الرؤية ، كتاب في أصول السنة ، كتاب الصراط ، كتاب الميزان ، توفي بسُوسَة سنة ٢٨٩هـ .

انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص١٨٤ ، معالم الإيمان ٢٣٣/٢ ، سير أعلام النبلاء ٢٨/١١ ، الديباج ٣٥٤/٢ ، شجرة النور ص٧٣ .

(٣) أي فيعتقون على أبيهم بالقيمة . انظر : المصدر نفسه ل١٩/ب .

(٤) في أ ، ب زيادة "له" .

(٥) في أ ، ب "ولأحد" .

(٦) سبق تخريجه ص١٥٠ .

[فصل ٧ ـــ في صداق الغارة]

ومن المدونة : ابن القاسم : والأمة تغرُّ من نفسها فتتزوج : فإنها سترد مافضل عن صداق مثلها وتأخذ صداق المثل ، لأن ذلك حقٌّ لسيدها ، فليس ماصنعت يُبطل ماوجب على الزوج للسيد من[1] حقِّه في وطئها ، والحرة التي غرَّت من نفسها فتزوجت في عدتها يكون لها قدر مايستحل به فرجها ، لأنها هي الغارة فليس لها أن تجرَّ إلى نفسها هذا الصداق بما غرَّت[2] . والله أعلم .

---

(١) في أ "في" .

(٢) انظر: المدونة ٢/٢٣٥،٢٣٦ .

[الباب التاسع]
ماجاء في نكاح التفويض[1]

[فصل ١ ـــ في جواز نكاح التفويض وما يجب به الصداق فيه]

وقد أذن الله سبحانه في نكاح التفويض بقوله : ﴿لَاجُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾[2] .

قال مالك : فنكاح التفويض جائزٌ ، وهو أن يقولوا : قد أنكحناك ، ولايسمُّون صداقاً ، فهو بالخيار إن شاء دفع مهر مثلها ودخل ، وإن شاء فارق و لم يلزمه غير المتعة ، وهذه سنة نكاح التفويض ، فإن بنى بها فلها صداق مثلها وليس كصداق أختها ، أو ذات رَحِمٍ ، ولكن مثلها في مالها وجمالها وشبابها وحالها[3] في زمانها[4] .

ابن القاسم : وقد تكون واحدةٌ لها مالٌ وجمالٌ وشَطَاط[5] ، وأختها لامال لها ولاجمال فليس صداقهما عند الناس سواء[6] ، وتشاح الناس فيهما سواء[7] .

---

(١) التفويض لغة مصدر فوَّض يفوضُ تفويضا ، وفوَّض إليه الأمر : صيَّره إليه وجعله الحاكم فيه . اللسان ، مادة (فَوَضَ) .
وشرعاً : ماعقد دون تسمية مهرٍ ولاإسقاطه ولاصرفه لحكم أحد .
شرح حدود ابن عرفة ٢٥٦/١ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

(٣) "وحالها" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٢٣٨،٢٣٦/٢ .

(٥) الشَّطَاطُ : هو الطول واعتدال القامة ، وقيل : حسن القوام ، يقال : جارية شَطَّةٌ وشَاطَّه أي بيِّنَة الشَّطَاط والشِّطَاط . انظر : اللسان ، مادة (شَطَطَ) .

(٦) "عند الناس سواء" ليست في أ ، ب .

(٧) انظر : المدونة ٢٣٦/٢ .

قال الشيخ : وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم : "تُتَزَوَّجُ المرأة لمالها وجمالها ودينها"[1] ، فدل أن[2] الاعتبار بهذا دون غيره .

قال مالك : ويُنظر في هذا إلى ناحية الرجل أيضاً ، فقد يُزوَّج فقيرٌ لقرابته ، وأجنبيٌّ لماله ، فليس صداقها عند هذين سواء ، فيخفَّف عن القريب ويكمل على الأجنبي صداق المثل[3] .

قال مالك : ولايجب صداق المثل في نكاح التفويض إلا بالبناء ، إذ لو مات الزوج قبل البناء والتسمية لم يكن لها صداق ولامتعةٌ ولها الميراث[4] .

قيل لمالك في كتاب ابن المواز : فما جاء عن ابن مسعودٍ فيمن تزوج امرأةً فهلك عنها قبل أن يفرض لها وقبل أن يدخل عليها ، فأقام ابن مسعودٍ شهراً ينظر فيها ، ثم قال : أرى لها صداق مثلها؟[5]

فقال : ليس عليه العمل ، وقد حدثني نافع عن عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت : أن لها الميراث ولاصداق لها[6] .

قال مالك : وبيان ذلك في كتاب الله تعالى حيث يقول : ﴿مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[7] ، فإذا طلقها فلم يكن لها فيه شيء ، فكذلك إذا مات عنها لم يكن لها شيء .

---

(١) سبق تخريجه ص٥ .

(٢) في أ ، ب "قد كان" ، وهو تحريف .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢٣٦/٢ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٢٣٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .

(٥) أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها ٤٥٠/٣ رقم (١١٤٥) وقال : حسن صحيح .

(٦) انظر : الموطأ ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الصداق والحباء ٤١٧/٢ رقم (١٠) .

(٧) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

[فصل ٢ ــ في ماتستحقه المرأة إن نكحت بتفويض]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا طلق قبل البناء وقبل أن يتراضيا على صداق لم يكن لها غير المتعة[١] .

ابن حبيب : ولاينبغي أن يبني في التفويض ولايخلو بها حتى يقدّم ربع دينارٍ فأكثر ، فإن مسها ثم طلقها لزمه صداق المثل[٢] .

ومن المدونة : وإذا أرادت الزوجة أن يفرض لها قبل البناء لم يكن له أن يدخل حتى يفرض لها صداق المثل إلا أن ترضى منه بدون ذلك ، فإن لم ترض إلا بصداق مثلها كان ذلك عليه ، فإن شاء أتم لها صداق مثلها أو طلق[٣] .

قال مالك : وإن فرض لها بعد العقدة فريضةً أقلَّ من صداق مثلها فرضيت بها ، أو فرض لها صداق المثل فأكثر ثم طلقها قبل البناء كان لها نصف ماسمى ، وإن مات الزوج كان لها جميع ماسمى ، وإن ماتت هي كان ذلك عليه[٤] .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم فيمن تزوج بتفويضٍ فبعث إلى أهلها بشيءٍ فسخطوه ، فقال : فإن لها صداق مثلها ، ثم إن طلق و لم يدخل فإن لها نصف صداق المثل[٥] .

ومن كتاب محمد : قال ربيعة فيمن فُوِّض إليه[٦] فبعث ثياباً ومتاعاً فأدخلت عليه ، ثم ماتت فليس لهم إلا ماأرسل إليها .

وقال يحيى بن سعيد : إذا كان الأب قد قبله وأدخلها[٧] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٣٨ .
(٢) النوادر والزيادات ل٢٣١/ب .
(٣) في أ "وطلقها" .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٣٦ .
(٥) العتبية مع البيان والتحصيل ٤/٤٧٦ .
(٦) "إليه" ليست في أ ، ب .
(٧) النوادر والزيادات ل٢٣٢/أ .

ابن المواز : وإذا نكح على أن لها نقد عشرين ديناراً ، أو على أنه مفوَّضٌ إليه في بقية مهرها ، ثم لم يرضوا[1] بما فرض لها ولابما زاد لأنه أقل من صداق مثلها حتى فارق فله أخذ العشرين ولايلزمه شيء ، وليُمتِعها ، وكذلك لو تزوجها على تفويضٍ وعلى مالٍ دفعه إلى أبيها خاصة ، ثم طلق قبل البناء فعليه المتعة ، ويأخذ من الأب كل ماأعطاه[2] .

[فصل ٣ ـــ في المريض ينكح بتفويض ثم يموت ، أو تموت المرأة]

ومن المدونة : قيل لمالك : فالرجل المفوَّض إليه يمرض فيفرض وهو مريض؟

فقال : لافريضة لها إن مات من مرضه ذلك ، لأنها وصيةٌ لوارثٍ إلا أن يطأها في مرضه فيجوز ذلك ويكون لها ماسمى من رأس ماله ، إلا أن يكون ذلك أكثر من صداق المثل فيرد إلى صداق المثل[3] .

قال الشيخ : يريد لأنها وصيةٌ لوارث ، لأن عقده كان في الصحة فهي وارثةٌ .

قال ابن المواز : قال مالك : إلا أن تكون ذميةً لاترثه فتكون لها الزيادة في ثلثه .

قال ابن المواز : ولو سمى للذمية أو للأمة في مرضه ولم يبن بها فذلك كله لها في ثلثه تحاص به أهل الوصايا .

وقال عبد الملك : لاشيء لهذه ، لأنه لم يسم لها إلا على المصاب .

قال ابن المواز : ولايعجبنا ذلك .

قال أصبغ : وإن سمى للحرة المسلمة في مرضه ، ثم ماتت هي[4] ، ثم صح هو بعدها لزمته التسمية لورَثتها .

---

(١) "يرضوا" ليست في أ ، ب .

(٢) المصدر نفسه ل٢٣١/ب ، ٢٣٢/ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٣٦،٢٣٧ .

(٤) "هي" ليست في ز .

وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية[١] .
وقال ابن المواز : لايعجبني قول أصبغ[٢] .

[فصل ٤ ـــ في رضى الولي بما يفرض للمرأة وعدم رضاه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا زوج الثيب وليها ، ثم فرض لها الزوج أقل من صداق مثلها فرضيت هي بذلك ولم يرض الولي لزمها ذلك ، لأن الرضى في ذلك لها ، فلاقول لوليها .

قال : وإذا زوَّج البكر أبوها بتفويضٍ ثم فرض لها الزوج بعد ذلك أقل من صداق مثلها فرضيت[٣] ، لم يكن لها ذلك إلا أن يرضى الأب بذلك فيجوز ولاينظر إلى رضاها مع الأب .

وإن زوَّجها غير الأب فرضيت بأقل من صداق مثلها لم يجز ذلك لها ولاللزوج ، لأنه لاقضاء لها في مالها حتى تدخل بيتها ويعرف أنها مُصلِحةٌ في مالها.

ولايجوز لأحدٍ أن يعفو عن شيءٍ من صداقها لاوصيٌّ ولاغيره إلا الأب وحده.

قال ابن القاسم : إلا أن يكون ذلك نَظَراً لها فيجوز إذا رضيت مثل أن يعسر الزوج فيسأل التخفيف ويخاف الولي الفراق ، ويرى أن مثلَه رغبةٌ لها فيجوز ذلك ، وماكان على غير هذا لم يجز وإن أجازه الولي .

ولو فرض الزوج صداق المثل لزم ذلك المرأة والولي ولاقول لمن أباه منهما .

قال مالك[٤] : / وإن فرض الزوج بعد عقدة النكاح قبل المسيس أو بعده [٨٠/أ] مارضيت به المرأة وهي ممن يجوز أمرها ، أو رضي به الولي وهي بكرٌ والولي ممن

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤/٤٣٥ .
(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣١/ب .
(٣) "فرضيت" ليست في أ ، ب .
(٤) هكذا في جميع النسخ ، ولعل الصواب "ابن القاسم" كما سيتضح قريباً من كلام المؤلف .

يجوز أمره عليها ، وهو الأب في ابنته البكر فذلك جائزٌ ، ويكون صداقها هذا الذي تراضيا عليه ، ولايكون لها صداق المثل .

قال غيره[١] : إلا أن يدخل بها فلاتنقص المُوَلّى عليها بأبٍ أو وصيٍّ من صداق مثلها[٢] .

قال الشيخ : وقول الغير ليس بخلافٍ لابن القاسم ، وقول ابن القاسم : فلو فرض لها[٣] الزوج بعد عقدة النكاح قبل المسيس أو بعده ، عائدٌ على الثيب خاصة[٤] ، ألا ترى أنه قال : أو رضي به الولي ، وهو الأب في ابنته البكر ، فقد بين أن المُوَلّى عليها بكر ، فلاتكون بكرٌ ممسوسة ، فإنما أراد إذا فرض الزوج مارضيت به الثيب قبل الدخول فيكون ذلك من صداقها وإن كان أقل من صداق المثل .

قال الشيخ : وقد كان بعض مشايخنا يقول : معنى[٥] قول ابن القاسم إذا فرض الزوج أكثر من صداق المثل ، ويرى أن قوله : قبل المسيس أو بعده ، عائدٌ على الثيب والبكر ، وماذكرته أبين ، وهو الذي أراد ابن القاسم وإن كان المعنى واحداً ، وبالله التوفيق .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا كان ولي البكر ممن لايجوز أمره عليها فلايجوز رضاه بأقل من صداق مثلها ، ولايجوز ماوضعت للزوج بعد الطلاق قبل البناء من النصف الذي وجب لها ، وإنما يجوز ذلك للأب[٦] وحده .

وقد قيل : إذا رضيت بأقل من صداق مثلها أو وضعت للزوج ماوجب لها بعد الطلاق جاز ذلك ، إذ لايُوْلى عليها ، وإنما لايجوز ذلك لمن يولى عليها بوصي[٧] ، وطرحه سحنون[٨] .

---

(١) أي غير ابن القاسم .
(٢) انظر : المدونة ٢/٢٣٧،٢٣٨ ، تهذيب المدونة ص٨٨ .
(٣) "لها" ليست في ز .
(٤) من هنا إلى آخر الباب ساقط من ز .
(٥) في ب زيادة "في" .
(٦) في أ ، ب زيادة "الذي" .
(٧) انظر : المصدر نفسه ص٨٨ .
(٨) أي لم يذكره في المدونة .

[الباب العاشر]
في نكاح الموهوبة أو بغير صداق

[فصل ١ ـــ في نكاح الموهوبة]

وقد منع الله سبحانه من النكاح بغير صداق فقال في النساء : ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(١) ، وقال تعالى : ﴿أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ﴾(٢) ، وخصَّ الله(٣) رسوله عليه الصلاة والسلام بالموهوبة بقوله : ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾(٤) .

قيل لابن القاسم : فَلِمَ أجزت نكاح التفويض ولم تُجز الهبة إذا لم يسموا مع الهبة صداقا؟

قال : إنما الهبة عندنا كأنه قال : قد زوجتكها بلاصداق ، فهذا لايصلح ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل(٥) .

قال سحنون : وقد كان يقول : يفسخ وإن دخل(٦) .

ابن المواز : وقاله أشهب وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ .

قال أصبغ : لأن فساده في البضع .

قال أشهب : ويكون لها إذا فسخ بعد(٧) البناء ثلاثة دراهم ، وقال ابن وهب وأصبغ : لها صداق المثل .

---

(١)،(٢) سورة النساء : آية ٢٤ .
(٣) "الله" ليست في ز .
(٤) سورة الأحزاب : آية ٥٠ .
(٥)،(٦) انظر : المدونة ٢٣٨/٢ .
(٧) "بعد" ليست في أ ، ب .

وقال ابن القاسم وعبد الملك : لايفسخ إذا دخل ، ويكون لها صداق المثل ، وروي عن مالك[١] .

ومن المدونة : ابن وهب عن يونس أنه سأل ابن شهاب عن امرأة وهبت نفسها لرجل؟

فقال : لاتحل هذه الهبة ،لأن الله تعالى إنما خصّ بها نبيّه دون المؤمنين[٢] ، فإن أصابها فعليهما العقوبة ، ولها الصداق من أجل مايُرى بهما من الجهالة ، ويفرق بينهما .

وقال ربيعة : يفرق بينهما[٣] وتقاضى وهبت نفسها أو وهبها أهلها / فمسها[٤][٥] . [٨٠/ب]

وفي بابٍ بعد هذا[٦] قال ابن القاسم[٧] عن مالك : ومن وهب ابنته وهي صغيرةٌ لرجلٍ لم يجز ذلك ، ولاتحل الهبة لأحدٍ بعد النبي عليه الصلاة والسلام إلا أن تكون هبته إياها ليس على نكاحٍ ، إنما وهبها له ليحضنها ويكفلها ، فلابأس بذلك ولاقول لأُمِّها إن فعل ذلك لحاجةٍ أو فاقة[٨] .

قال في المستخرجة عن مالك[٩] : إذا كان ذا محرمٍ وإلا فلا[١٠] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٣١/أ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَامْرَأَةً مُؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ . سورة الأحزاب : آية ٥٠ .

(٣) "يفرق بينهما" ليست في أ ، ب .

(٤) "فمسها" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٢٣٨/٢ .

(٦) وهو باب (النكاح الذي لايجوز وصداقه وطلاقه وميراثه) من المدونة .

(٧) "قال ابن القاسم" ليست في ز .

(٨) انظر : المصدر نفسه ٢٤١/٢ .

(٩) "عن مالك" ليست في ز .

(١٠) أي فلايكفلها غير ذي رحمٍ منها ، انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٦١/٤ .

ومن المدونة : ابن القاسم[١] : فإن وهبها له بصداقٍ مسمىً وأراد بالهبة وجه النكاح جاز ذلك ، وقد قال مالك[٢] فيمن وهب سلعته لرجلٍ على أن يعطيه شيئاًمسمىً أن ذلك بيعٌ جائزٌ ، فأرى الهبة بالصداق مثل البيع ، وإنما يكره من ذلك الهبة بلاصداق[٣] .

[فصل ٢ ــ في النكاح بغير صداق]

قيل لابن القاسم : فإن قالوا : قد أنكحناك فلانة بلاصداق؟

قال : إن دخل بها ثبت النكاح وكان لها صداق مثلها ، فإن لم يدخل بها فرق بينهما ، وهذا الذي استحسن ، وقد بلغني ذلك عن مالك ، وقد قيل : يفسخ قبل البناء وبعده[٤] .

---

(١) "ابن القاسم" ليست في أ ، ب .

(٢) "مالك" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢٤٢/٢ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٢٣٨/٢ .
وقد تقدم ذكر هذين القولين أول الباب .

[الباب الحادي عشر]
في نكاح التحكيم[1]

[فصل ١ ـــ في جواز نكاح التحكيم]

قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً على حكمه أو على[2] حكمها أو على حكم فلانٍ جاز النكاح ، فإن وقع الرضى بالحكم فيه قبل البناء وإلا فرق بينهما ولاشيئ لها ، ويلزم المرأة النكاح إن فرض لها الزوج قبل البناء صداق المثل كالتفويض وقد كنت أكره هذا النكاح حتى بلغني أن مالكاً أجازه على مافسرت لك ، وأخذت به وتركت رأيي فيه[3] .

قال سحنون : وقال غيره ماقال عبد الرحمن[4] أول قوله : لايجوز ويفسخ مالم يَفُتْ بالدخول ، لأنه خرج عن حدّ ماأُرخص فيه من التفويض[5] .

ابن المواز : وقال عبد الملك : أما على حكمها فالنكاح يفسخ مالم يدخل ، وأما على حكمه فهو كالتفويض الجائز[6] .

قال الشيخ : فوجه الإجازة في الوجهين[7] : اعتباراً بنكاح التفويض ، ووجه الفسخ فيهما : فلأن التفويض رخصةٌ ، فلا[8] يقاس عليها ، ووجه التفرقة :

---

(١) نكاح التحكيم شرعاً : هو ماعُقد على صرف قدر مهره لحكم حاكم . شرح حدود ابن عرفة ٢٦٠/١ .

(٢) "على" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢٤٢/٢ .

(٤) أي ابن القاسم .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٢٤٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٦) النوادر والزيادات ل٢٣١/أ .

(٧) وهما كون النكاح على حكم الزوج أو على حكم الزوجة .

(٨) في أ ، ب "فلما" .

فلأن التفويض في فرض الصداق إنما هو للزوج ، لقوله تعالى : ﴿أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيْضَةً﴾[١] فإذا رد الفرض إلى الزوجة لم يجز ، لأنه خلاف النص .

[فصل ٢ ــ في الصداق في نكاح التحكيم]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن بنى بها[٢] في نكاح التحكيم قضي لها بصداق المثل وثبت النكاح[٣] .

ومن الواضحة[٤]: روى ابن حبيب عن ابن القاسم فيمن تزوجها على حكمها فلم يرضَها فلايلزمها الرضى بصداق المثل إذا لم يبن بها ، وقاله أشهب .

وقال ابن عبد الحكم وأصبغ : أن ذلك كالتفويض للزوج ، إن فرض لها صداق المثل لزمها ، وإلا فرق بينهما ، وروي أيضاً عن ابن القاسم ، والأول أحب إلينا[٥] .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم وأشهب على مارواه ابن حبيب : فلأنها اشترطت أن يكون الحكم لها ، فلايلزمها الرضا بحكم غيرها ، ولأن تعليقها الرضى بحكمها احترازٌ من أن تلزم بما لم ترض به ، فلو كان ذلك يلزمها مانفعها اشتراطها.

ووجه قول ابن عبد الحكم وأصبغ ، وهي رواية المدونة [٦] : قياساً على نكاح التفويض[٧] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .
(٢) "بها" ليست في أ ، ب .
(٣) انظر : المدونة ٢٤٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .
(٤) "ومن الواضحة" ليست في ز .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣١/أ .
(٦) انظر : المدونة ٢٤٢/٢ .
(٧) بعلة أنه عقد سكت فيه عن العوض ليوقع فيما بعد .
انظر : المعونة ٧٦٥/٢ .

قال أبو محمد وغيره : وإذا تزوجها على حكمها ففرضت للزوج صداق المثل لم يلزم الزوج ذلك إلا أن يرضى ، بخلاف الزوج يفرض لها صداق المثل ، هذه يلزمها ذلك كواهب السلعة إذا أعطي قيمتها لزمه ،وليس يلزم الموهوب غرم قيمتها إلا برضاه أو فَوْتِها[١] عنده[٢] .

قال الشيخ : وأما إن تزوجها على حكم فلان ، ففرض فلان صداق المثل فينبغي أن يلزمها، لأنهما قد جعلاه حَكَماً ، ففرضه صداق المثل عدل من الحكم .

/ وقد حكي عن أبي الحسن في قوله[٣] : إذا تزوجها على حكم فلان ، [٨١/أ] معنى قوله : إذا رضي الزوج بذلك ، إنما ذلك إذا فرض لها فلان أكثرمن صداق مثلها ، فأما إذا فرض لها[٤] فلان[٥] صداق المثل فلاكلام له[٦] .

قال الشيخ : وهذا لايختلف فيه .

---

(١) الفَوات في المبيع : هو تغيُّر المبيع بمعتبرٍ فيه .
شرح حدود ابن عرفة ٣٧٦/١ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/ب .

(٣) أي قول ابن القاسم .

(٤) "لها" ليست في ز .

(٥) في أ ، ب زيادة "أكثرمن صداق مثلها" .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل١٩/ب .

[الباب الثاني عشر]
في الدعوى في الصداق وفي دفعه

[فصل ١ ــ في الدعوى في الصداق]

قال ابن القاسم : أصل القضاء في تداعي الزوجين في الصداق قول النبي صلى الله عليه وسلم : "إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمةٌ فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار"(١) ، وفي حديث آخر : "فالقول قول البائع ، ويتحالفان ويتفاسخان"(٢) ، والتداعي كله يرجع إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "البينة على المدعي وعلى من أنكر اليمين"(٣) ، وقوله : "شاهداك أو يمينه"(٤) .

---

(١) أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع والإجارات ، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم ٧٨١،٧٨٠/٣ رقم (٣٥١١) ، والترمذي ،كتاب البيوع ، باب ماجاء إذا اختلف البيعان ٥٧٠/٣ رقم (١٢٧٠) ، والنسائي ، كتاب البيوع ، باب اختلاف المتبايعين في الثمن ٢١٦/٧ رقم (٤٦٤٨) ، والحاكم ، كتاب البيوع ٥٢/٢ رقم (٢٢٩٣) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) هذا الحديث لم أعثر عليه بهذا اللفظ ، وقد أخرجه سحنون في المدونة هو والذي قبله بدون إسناد، وبدون لفظ (ويتفاسخان) ويشهد له الحديث السابق .
قال سحنون بعد ذكره لهذين الحديثين : فكذلك المرأة وزوجها إذا اختلفا قبل الدخول فالقول قول المرأة لأنها بائعة لنفسها والزوج المبتاع ، وإن فات أمرها بالدخول فالقول قول الزوج لأنه قد فات أمرها بقبضه لها فهي مدعية وهو مقر لها بدين فالقول قوله . المدونة ٢٤١/٢ .

(٣) أخرجه الترمذي ، كتاب الأحكام ، باب ماجاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه ٦٢٦/٣ رقم (١٣٤١) ، والدارقطني ، باب الوكالة ، خبر الواحد يوجب العمل ١٥٧/٤ رقم (٨) ، والبيهقي ، كتاب السرقة ، باب مايستدل به على ترك تضعيف الغرامة ٤٨٤/٨ رقم (١٧٢٨٨) كلهم بلفظ : "البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه" وصححه الحافظ ابن حجر في بلوغ المرام ص٢٩١ رقم (١٤٣٧) .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب الشهادات ، باب اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود ١٥٩/٣ ، ومسلم ، كتاب الإيمان ، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار ١٢٣/١ رقم (٢٢١) .

ابن القاسم : فإذا اختلف الزوجان في الصداق قبل البناء عن غير موتٍ ولاطلاق ، فادعت المرأة أكثر مما أقر به الزوج ، ونسي[١] الشهود تسمية الصداق قال مالك[٢] : فالقول قول المرأة - يريد مع يمينها .

قال ابن القاسم : لأنها بائعة لنفسها[٣] .

قال مالك : ويخير الزوج في إتمام ماادعت ، وإلا حلف وسقط عنه ماادعت وفسخ النكاح ، ولاصداق لها .

قال مالك : وإن اختلفا في هذا بعد البناء ، فالقول قول الزوج مع يمينه[٤] .

قال ابن القاسم : لأنها أمكنته من نفسها فصارت مدعيةً ، وهو مقرٌ لها بدينٍ ، فالقول قوله مع يمينه[٥] .

ابن المواز : قال مالك : ولايقبل قول المرأة بعد البناء : أنها لم تقبض صداقها ويصدق الزوج مع يمينه .

وكذلك من قبض رهنه وقال : قضيتك الحق ، فهو مصدقٌ مع يمينه وقبضه الرهن كالشاهد ، لأنه الغالب والعرف بين الناس ، وقاله مالكٌ وأصحابه[٦] .

ومن العتبية : قال ابن القاسم : وإذا تحمَّل للمرأة رجلٌ بالصداق فطلبته به بعد البناء ، وزعم الزوج والحميل أنها قبضته قبل البناء ، قال : يحلف الحميل ويصدق .

قال سحنون : ولو أخذت بالصداق رهناً ثم بنى فهو كالحميل ،ويتم له الدخول ، وهو كالإبراء ، ويأخذ رهنه[٧] .

---

(١) "ونسي" ليست في أ .

(٢) "قال مالك" ليست في ز .

(٣)،(٤)،(٥) انظر : المدونة ٢٣٩/٢،٢٤٠ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٩/ب .

(٧) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٢١/٤ ، النوادر والزيادات ل٢٣٩/ب .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ومن زوج ابنته الصغرى على صداق أختها الكبرى ، فادعى الأب أنه مئتان ، وقال الزوج : إنه مئةٌ ، فالقول قول الزوج ، ويحلف ، فإن نكل حلفت الجارية وقضي لها .

ابن المواز : وهذا بعد البناء ، وأما قبل البناء فليتحالفا ويفسخ النكاح ، والأيمان بين الزوج والأب .

ويبدأ الأب باليمين فإن حلف لزم[1] الزوج إلا أن يحلف فيبرأ ويفسخ ، كالوكيل في البيع هو يحلف دون ربّ السلعة وهي لم تَفُت ، لأن ربَّ السلعة لم يلِ شيئاً ، وكذلك الجارية لم تعلم ،ولو علمت ماكان لها فيه حكم ولو كانت ثيباً حتى لايتم الأمر إلا بها وعلمها[2] وحضورها ، فاليمين عليها ، وقاله أصبغ[3] .

ومن المدونة : وإن اختلفا في قلة الصداق وكثرته بعد الطلاق وقبل البناء فهي طالبةٌ له ، فعليها البينة ، وهو مدعى عليه ، فالقول قوله فيما يقر به مع يمينه .

قال[4] : فإن نكل حلفت المرأة وأخذت ماتدعيه ، لأن مالكاً قال : إذا ماتت الزوجة قبل البناء فادعى ورثتها تسمية صداق ، وادعى الزوج تفويضاً فالقول قوله مع يمينه ، وله الميراث ، وعلى ورثة المرأة البينة على / مالادعوا من التسمية[5] . [٨١/ب]

وفي كتاب محمد : ومن زوج ابنه الصغير من ابنة رجلٍ صغيرة ، فمات الصبي ، فطلب أبو الصبية المهر ، فقال أبو الصبي : لم أسمِّ مهراً ، وأن ذلك كان منك على الصلة لابني ، قال محمد : لايصدق ، ولها مالدعى أبوها إن كان صداق مثلها .

قال[6] مالك : ليس لها إلا الميراث ، [قال محمد][7] : إذا حلف أبوه[8] .

---

(١) أي النكاح .
(٢) في ز "أو" بدل الواو .
(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٤٠/أ .
(٤) أي ابن القاسم .
(٥) انظر : المدونة ٢٣٩/٢، ٢٤٠ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .
(٦) في أ ، ب زيادة "أو" .
(٧) من النوادر .
(٨) أي على أنه لم يُسمِّ مهراً في نكاح ابنه .

قال أبو محمد : وذكرها[١] في كتاب الشهادات ، ولم يذكر قول محمد : إن لهاماادعى أبوها .

قال مالك : وإن كان لها شاهدٌ على تسمية المهر أُخِّر ذلك حتى تبلغ الجارية فتحلف وتأخذ .

ابن المواز : بعد يمين أبيه الآن[٢] ، وهذا بخلاف مبايعته لها ، ويقيم شاهداً فيحلف الأب معه ، لأنه إن لم يحلف هاهنا لزمه غرم مانكل عنه ، لأنه أتلفه ، إذ لم يتوثق ، ولأنه لايبيع[٣] إلا بثمنٍ معلومٍ وبينةٍ ، والنكاح على التفويض يجوز فلم يتعد ، وإنما عليه أن يشهد في أصل النكاح لافي تسمية الصداق .

وذلك عندي ما لم يدَّع أبوها التسمية مع الشاهد ، فإن ادعى هذا فقد ضيَّع في التوثق ، فإن شاءت بعد أن تكبر أن تلزم ذلك أباها ، فيكون لأبيها أن يحلف ، ويأخذ من تركة الصبي ، وإلا غرم ذلك أبوها من ماله ، فإن شاءت أن تترك أباها وتحلف مع شاهدها وتأخذ ذلك من مال زوجها بمنزلة مالو مات أبوها ، أو كان معدما ، فإذا حلفت فالصداق على أبي الصبي إلا أن يكون للصبي يوم العقد مال فلاشيئ على أبيه[٤] .

قال ابن حبيب في اختلاف الزوجين قبل البناء : تحلف الثيب ، وإن كانت بكراً حلف الأب ، ثم للزوج الرضى بذلك ، أو يحلف ويفسخ النكاح ، كان اختلافه في قلة الصداق أو كثرته أو في نوعه ، وأما بعد البناء فيحلف الزوج ، ويبقيا زوجين إن اختلفا في العدد ، فإن كان في النوع تحالفا ، وردت الزوجة إلى صداق المثل ، إلا أن يرضى هو بما ذكرت أو ذكر الأب في البكر[٥] .

وإنما كان يحلف الأب في صداق البكر ، لأنه كوكيلٍ مفوَّضٍ إليه ، وهو وليُّه دونها ، ولم يكن لها فيه رأيٌ ولاأمر ، وكذلك قال ابن المواز : يحلف الأب في البكر .

---

(١) أي ابن المواز .

(٢) أي تأخذ بعد أن يحلف أبو الصبي على أنه لم يُسمِّ في هذا النكاح مهراً .

(٣) في أ ، ب "إن لم يبع" .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٩/أ ، ب .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل١٧/ب .

قال الشيخ : ذكر عن أبي عمران إذا اختلف الزوجان في الصداق قبل البناء فتحالفا ، ثم أراد الزوج إتمام النكاح بما قالته المرأة ، أو أرادت ذلك المرأة بما قاله الزوج قبل الفسخ : أن النكاح تامٌ كالبيع ، ويجري ذلك على الاختلاف الذي[١] في البيع قال : وقد نصَّ على ذلك المغيرة : أنه إذا رضي أحدهما بما ذكرنا تم النكاح .

أبو عمران : يراعى في اختلافهما إذا أتى أحدهما بما يُشبه والآخر بما لايشبه.

وقيل : لايراعى ذلك ، كما اختلف في ذلك في البيوع[٢] [٣] .

قال سحنون في كتاب ابنه فيمن تزوج امرأةً فادعى أنه تزوجها على أمها[٤] وهي عالمةٌ بها ، وقالت المرأة : بل على أبي ، وهو مالكٌ لأبويها ، وحفظت البينة العقد ، ولم تحفظ على أيهما عقد .

قال سحنون : الشهادة ساقطة ، فإن لم يدخل بها[٥] تحالفا وفسخ النكاح ، ويلزمه عتق الأم ، لأنه أقر أنها حرة ، وكذلك إذا نكلا ، وإن كان قد دخل بها حلف أيضا ، وعتقت عليه الأم بإقراره ، فإن نكل حلفت المرأة وعتق الأب بقولها ، وعتقت عليه الأم بإقراره[٦] .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : وهذا خلاف ماتقدم لابن حبيب إذا اختلفا في نوع الصداق بعد البناء أنهما يتحالفان ويكون لها / صداق المثل[٧] . [٨٢/أ]

---

(١) "الذي" ليس في ز .

(٢) في أ ، ب زيادة "وقد نص على ذلك المغيرة أنه إذا رضي أحدهما بما ذكرنا تم النكاح" وهو تكرار لأنه تقدم قريبًا .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل١٧/ب .

(٤) أي على أن المهر عتقه لأمها .

(٥) "بها" ليست في ز .

(٦) النوادر والزيادات ل٢٤٠/ب .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل١٨/أ .

فصل [٢ ــ في الدعوى في دفع الصداق]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا قال الزوج بعد البناء : قد دفعت الصداق ، وأنكرت الزوجة فالقول قوله ، وإن لم يكن دخل بها فالقول قولها .

ـ **قال الشيخ** : وإنما ذلك لأن العرف عندهم ألا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق ـ .

قال مالك : وليس يكتب الناس في الصداقات براءات ، ومن نكح على نقدٍ ومؤجّلٍ فادعى بعد البناء أنه دفع المؤجل ، وأكذبته الزوجة ، فإن بنى بها بعد الأجل صدق .

ــ **قال الشيخ** : لأن الأجل حلَّ قبل دخوله فصار كمن تزوج بنقد ، والعرف فيه ألا يدخل حتى يدفعه ، ولأن الزوجة قد أمكنته من نفسها ، فلذلك كان القول قوله ـ .

قال مالك : وإن بنى بها قبل الأجل فالقول قولها ، كان المؤجل دنانير أو حيواناً مضموناً مع الأيمان فيما ذكرنا[1] .

قال الشيخ : لأنه دخل والصداق متقرّرٌ في ذمته فلايلزمه إلا البينة بدفعه ، وكذلك المهر الحالُّ بالبناء القول قول المرأة أنها لم تقبضه ، وكان الزوج دخل قبل حلوله ، لأنه لايجب إلا بعد الدخول .

قال بعض أصحابنا : وكذلك إن تزوجها بصداقٍ حال ، وكتبا به كتابا ، فدخل الزوج ، وادعت المرأة أنه لم يدفع إليها شيئاً من صداقها ، وقامت عليه البينة[2] بذكر الحق أن القول قوله ، لأن العرف جارٍ بأخذ ذكر الحق منها بعد قبض حقها وأنها لاتسلمه إلا إذا استوفته ، فلذلك كان القول قولها .

ومن كتاب محمد : قال مالك : وإذا ادعت المرأة بعد دخولها أنه بقي لها من صداقها خادم ، أو غير ذلك ، وقال الزوج : قد دفعته ، فيحلف الزوج ويبرأ ، وليس يكتب الناس في الصدقات البراءات .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٣٩،٢٤٠ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٢) "البينة" ليست في أ ، ب .

قال ابن المواز : لايقبل قولها ، ومايدخل النساء إلا بعد القبض ، ذلك هو المعروف والغالب ، إلا الخاص ، وإنما يحمل الأمر على الأغلب ، والدخول كالشهادة ، فإذا حلف برئ إلا ما لم يحل منه إلا بعد دخوله ، وكذلك الرهن إذا قبض المرتهن رهنه ثم قال : قد قضيتك ولم يصل إلي الرهن إلا بقضائي إياك[١] حقك ، فيحلف ويبرأ ، وكان قبضه للرهن كالشاهد ، ولأنه الغالب من عمل الناس ، وهذا كله قول مالك وأصحابه[٢] .

قال بعض أصحابنا : سألت أبا بكر بن عبد الرحمن عمن تزوج امرأةً وادعى أن وليها شرط في عقد النكاح لوليته شروطاً وعطايا سمَّاها ، وأنكر الولي أن يكون شرط ذلك ، فطالبه باليمين على ذلك فنكل ، هل يحلف الزوج ويجب ذلك لها؟ وكيف يحلف في شيئ يستحقه غيره؟

فقال : الذي عندي أنه إذا نكل الولي حلف الزوج ، ويرجع إلى صداق المثل ويرجع بما زادت التسمية على صداق المثل على وليها ، وتأخذ هي الصداق كاملاً مثل الولي يقر بالعيوب في وليته ، أنها تأخذ الصداق كاملاً ، ويرجع الزوج على من غرَّه ، فكذلك هذا[٣] .

قال الشيخ : والذي أرى إذا نكل الولي حلف الزوج واستحق ماشرط على الولي يكون ذلك للزوجة ، لأنه هو ولي معاملته ، فهو كالوكيل يدعي في معاملته شيئاً لموكله ، فتجب اليمين على المدعى عليه فينكل ، أن الوكيل يحلف ويستحق ذلك لمن وكّله .

وأما قول الشيخ[٤] : يحلف الزوج ويرجع إلى صداق المثل ، أرأيت إذا كان / صداق المثل أكثر من التسمية أيزاد عليه لدعواه أو يذهب دعواه باطلاً ، هذا ليس بشيئ . [٨٢/ب]

(١) "إياك" مكانها بياض في أ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٩/ب .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل١٣/ب ، ١٤/أ .

(٤) أي أبي بكر بن عبد الرحمن .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا مات الزوج فادعت المرأة بعد موته أنها لم تقبض صداقها فلاشيئ لها إن كان قد دخل بها ، وإن لم يكن دخل بها فالقول قولها.

قال ابن القاسم : وكذلك إن مات الزوجان فتداعيا ورثتهما في دفع الصداق فلاقول لورثة المدخول بها ، وإن لم يدخل بها صدق ورثتها ، وإن قال ورثة الزوج في المدخول بها : قد دفعه لها ، أو قالوا : لاعلم لنا ، فلاشيئ عليهم ، فإن ادعى ورثة المرأة أن ورثة الزوج قد علموا أن الزوج لم يدفع الصداق ، حلفوا أنهم لايعلمون أن الزوج لم يدفع الصداق ، ولايمين على من كان منهم غائباً ، أو من يعلم أنه لاعلم عنده[1] .

فصل [٣ ـــ في دعوى الزوج أن المهر فيه سر وعلانية]

ومن كتاب محمد : وإذا ادعى الزوج أنهم أسروا من المهر دون ماأعلنوه ، لم يصدق إلا ببينةٍ أو شاهدٍ يحلف معه ، فإن شهدت بذلك بينةٌ ، فقال الولي : كان ذلك كلاماً سراً وقد صِرنا إلى غيره بعده وزوجناه عليه ، وقال الزوج : بل هو الأمر الأول ، والثاني سمعة ، قال : أحب إلي أن لوأشهدوا حين سموا المهر القليل أن هذا الذي أنكحوه به ، وإنما سمي في العلانية غيره ، فإن لم يكن هذا وأشكل الأمر فالقول قول الزوج مع يمينه حتى يعلم من السبب مايعلم به أن الأول قد انقطع ، وأن على الثاني وقع النكاح ، وكذلك لو كان ذلك من الثيب بغير علم الولي .

ابن المواز : ولايكون ذلك من أبيها إلا برضاها .

قال مالك في[2] البكر : ذلك إلى الأب دونها ، فإن لم يكن أب فليس ذلك

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٤٠ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٢) في ز "وفي" .

لها تاما إلا بإذن وليها مع رضاها ، وقاله الليث[١] .

قال ابن حبيب : ولايضر الشاهدين على السر أن تقع شهادتهما على العلانية ، لأنهما يقولان : على هذا أشهدنا أن يكون سرًّا كذا وفي العلانية كذا للسمعة ، و لم يختلف في هذا مالكٌ وأصحابه[٢] .

وقد تقدم القول في مسألة من وهب ابنته بجميع وجوهها فأغنى عن إعادتها[٣] .

---

(١) هو أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن الفهمي ، أصله فارسيٌ أصبهانيٌ ، إمامٌ ، فقيهٌ ، حافظٌ ، عالم الديار المصرية ، سمع عطاء بن أبي رباح ، وابن شهاب الزهري ، وابن أبي مُليكة ، ونافعاً وخَلْقاً ، كان ثقةً كثير الحديث صحيحه ، توفي سنة ١٧٥هـ .
انظر : الطبقات ٣٥٨/٧ ، سير أعلام النبلاء ٤٣٨/٧ ، شذرات الذهب ٥٨٢/١ .

(٢) النوادر والزيادات ل٢٤٠/ب ، ٢٤١/أ .

(٣) انظر ص٢٤٤ .

[الباب الثالث عشر]
في صداق النكاح الفاسد وطلاقه وميراثه

قال ابن القاسم : كل مافسد من النكاح لصداقه كالنكاح بالآبق والشارد والثمرة التي لم يبد صلاحها ففسخ قبل البناء فلاصداق فيه ولامتعة ، وكذلك إن لم يفسخ حتى طلقها قبل البناء ولامتعة لها عليه ، ويلزم فيه الطلاق ، فلو طلقها فيه ثلاثا لم تحل له إلا بعد زوج ، ولو مات أحدهما قبل البناء أو بعده توارثا ، لأنه نكاح قد اختلف العلماء في فسخه وثباته ، وكذلك كل مايفسخ قبل البناء ويثبت بعده ، والتي تتزوج بغير ولي مثل ذلك ، لأن مالكاً وقف في فسخه بعد البناء[١] .

قال سحنون : وقد كان قال لي[٢] : كل نكاحٍ كانا مغلوبين على فسخه فهو فسخٌ بغير طلاقٍ ، ولاميراث فيه ، ويرد فيه الخلع ، وترجع عليه الزوجة بما أخذ منها ، لأنه لايأخذ مالها إلا بما يجوز به إرساله من يده ، وهو لم يرسل من يده إلا ماهي أملك به منه ، وقد بيَّنا اختلاف قوله في هذا في النكاح الأول[٣] .

وإذا تزوج العبد والمكاتب بغير إذن سيدهما فالسيد مخيَّرٌ في إجازته أو فسخه فإن فسخه بعد الدخول أخذ منها / جميع المهر ويترك لها ربع دينار ، فإن عتق اتبعته بالصداق إن غرها بأنه حر ، إلا أن يفسخه عنه السيد قبل العتق ، فإن عتق قبل أن يعلم السيد بتزويجه ثبت النكاح[٤] . [٨٣/أ]

قال : وللمكاتب تزويج أمته على ابتغاء الفضل ، ويلي العقد غيره[٥] .

وقد تقدم جميع[٦] هذا في الكتاب[٧] [٨] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٤١،٢٤٣،٢٤٤ .

(٢) أي ابن القاسم .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٤٣،٢٤٥ .

(٤)،(٥) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٤٥ .

(٦) "جميع" ليست في ز .

(٧) "في الكتاب" ليست في ز .

(٨) يريد كتاب النكاح الأول ، انظر ص٨٠ .

[الباب الرابع عشر]
في نكاح المريض والمريضة

[فصل ١ ـــ في حكم نكاح المريض والمريضة]

قال أبو محمد وغيره : ولما منع الرسول عليه الصلاة والسلام المريض من الحكم في ثلثي ماله الموروث بما ينقص ورثته منه[١] كان ممنوعاً أن يُدخل عليهم وارثاً ، أو يخرج منهم وارثاً .

قال غيره[٢] : فإن قيل : فيلزم على هذا ألا يستلحق ولداً .

قيل له : ليس استلحاقه بإدخال وارث ، وإنما هذا إخباره عن وارثٍ متقدمٍ على حال المرض لزمه الإقرار به ، وغرضه في مسألتنا أن يثبت له زوجة تزوجها في الصحة ، فيلزم وترث ، ولايكون في ذلك إدخال وارثٍ على ورثته[٣] .

قال مالك : ولايجوز نكاح المريض أو المريضة ، ويفسخ قبل البناء وبعده[٤] .

ابن القاسم : فإن تزوجها ودخل بها وهي مريضةٌ ثم ماتت كان لها الصداق ولايرثها ، فإن صحت[٥] ثبت النكاح ، وقاله مالك : وهو أحب[٦] قوليه إلي ، وقد

---

(١) لعله يشير إلى حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه ، فقد قال : عادني رسول الله صلى الله عليه وسلم في حجة الوداع من وجع أشفيت منه على الموت فقلت : يارسول الله بلغني ماترى من الوجع ، وأنا ذو مالٍ ، ولايرثني إلا ابنةٌ لي واحدة ، أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال : "لا" ، قال : قلت : أفأتصدق بشَطْرِه؟ قال : "لا ، الثلث ، والثلث كثير ، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خيرٌ من أن تذرهم عالةً يتكفَّفون الناس" . أخرجه البخاري ، كتاب الوصايا ، باب أن يترك ورثته أغنياء خير من أن يتكففوا الناس ١٨٦/٣ .
ومسلم ، كتاب الوصية ، باب الوصية بالثلث ١٢٥٠/٣ رقم (١٦٢٨) .

(٢) وهو القاضي عبد الوهاب .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل١٨/ب .

(٤) انظر : المدونة ٢٤٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٥) أي من مرضها .

(٦) في أ ، ب زيادة "في" .

كان يقول مرة : يفسخ ، ثم عرضته عليه فقال : امحُه ، والذي أرى[١] إذا صحّا أن يثبت النكاح ، دخلا أو لم يدخلا ، ولها المسمى[٢] .

قال الشيخ : قال بعض البغداديين : وهذا[٣] مبنيٌّ على أصل فساده ، هل هو في عقده ، أو لحقّ الورثة؟

فإذا قلنا : إنه في العقد لم يصح الثبوت عليه ، وإن قلنا : إنه[٤] لحقّ الورثة ، صح بعد زوال المرض لزوال حقوقهم منه كنكاح العبد بغير إذن سيده ، وهذا اعتلال عبد الملك[٥] .

قال الشيخ : وقال ابن القاسم في نكاح المحرم : أنه يفسخ وإن حلّ من إحرامه[٦] ، والفرق بينه وبين نكاح المريض إذا صح : أن نكاح المحرم إنما يفسخ لعلةٍ في نفسه وهو الإحرام ، وقد حرّمه النبي عليه الصلاة والسلام[٧] ، ونكاح المريض إنما حُرِّم لعلةٍ في غيره ، وهو أن يُدخل على الورثة وارثاً ، فإذا ارتفعت العلة لم يكن للورثة حجّةٌ في فسخ النكاح .

فإن قيل : ينبغي أن يمنع المريض من الوطء لئلا يُدخل على الورثة زيادة وارثٍ كما مُنع من التزويج .

قيل : التزويج قد أدخل وارثاً حقيقة ، والوطء قد يكون منه الولد وقد لايكون ، فوجب أن لايمنع حقٌ واجبٌ لأمرٍ غير متيقّن ، هذا أصلهم ، وكذلك العلة في المكتري وزوجته إلى الحج أنه لايمتنع من الوطء لحجة احتمال أن تنفس فيجلس عليها ، إذ ليس من كل وطءٍ يكون الولد ، فلايترك حق واجب لأمرٍ يكون أو لايكون .

---

(١) أي في نكاح المريض والمريضة .
(٢) انظر : المدونة ٢٤٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .
(٣) أي الخلاف في ثبوت نكاح المريض والمريضة إن صحّا .
(٤) "إنه" ليست في ز .
(٥) انظر : المعونة ٧٨٨/٢ .
(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦١/أ .
(٧) سبق تخريجه ص٩٠ .

وقالوا في المُخدَمة : إنه لايجوز لسيدها وطؤها ، لأنه يبطل الحَوز[1] ، فمنعوه[2] الوطء لعلة حالةٍ متيقَّنة .

[فصل ٢ ـــ في الصداق في نكاح المريض]

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج امرأةً في مرضه ودخل بها[3] فرق بينهما ، وكان صداقها في ثلثه مبدَّءًا على الوصايا والعتق ، ولاترثه ، وإن فسخ قبل البناء فلاصداق لها ولاميراث[4] .

قال في كتاب محمد : وإذا بنى المريض فلها المسمى في ثلثه ــ وإن زاد على صداق المثل ـ مبدَّءاً على الوصايا بالعتق الواجب وغيره ، ويدخل فيما علم وفيما لم يعلم ، ولايبدَّأ عليه [إلا][5] المدبر في الصحة .

وله قول : إنه مبدأٌ على المدبر[6] في الصحة[7] ، وليس بشيءٍ[8] .

قال سحنون في كتاب الإقرار : إذا كان المسمى أكثر من صداق المثل لم يكن / لها إلا صداق المثل في قول ابن القاسم فيكون ذلك مبدَّءاً على الوصايا [٨٣/ب] وعلى المدبر في الصحة ، واختلف في الزائد ، فقيل : يسقط ، قاله ابن القاسم ، وقيل : تحاص به الوصايا[9] .

---

(١) الحَوز مشتقٌ من حُزت الشيء أحُوزُه حَوزاً وحِيَازةً : ضممته وجمعته ، وكل من ضَمَّ إلى نفسه شيئاً فقد حَازه . انظر : المصباح المنير ص١٥٦ .

(٢) في أ ، ب زيادة "في" .

(٣) "بها" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٤٦ .

(٥) "إلا" من النوادر .

(٦) في ز "إنه يبدأ عليه المدبر" .

(٧) "في الصحة" ليست في ز .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٢/أ .

(٩) انظر : المصدر نفسه ل٢٦٢/ب .

قال الشيخ : وهذا أيضاً بناءً على الميراث ، فمن رأى أنهما لايتوارثـان رأى أن[١] لها الزائد على صداق المثل ، إذ ليس فيه أكثر من أن تكون وصيةً لغير وارثٍ، ومن رأى أنها ترثه لم يعطها الزائد على صداق المثل[٢] ، لأنه وصيةٌ لوارث .

واختلف في نكاحه[٣] الأمة والكافرة ، فقال أبو مصعب[٤] : يجوز ، لأنـه لم يُدخل وارثا[٥] ، وقال عبد الملك : لايجوز ، لأن الأمة قد تعتق ، والكافرة قد تسلم قبل الموت فتصيران[٦] من أهل الميراث[٧] .

قال بعض البغداديين : وهذا القول أصح[٨] .

قال الشيخ : والأول أولى[٩] ، لأنه أوقع النكاح في حالٍ لم يُدخل به على الورثة ضررا ، لأنهما غير وارثين ، ومايُترَقَّب من العتق أو الإسلام قد يكون أو لايكون ، فلايُمنع أمرٌ واجبٌ له لأمرٍ قد يكون أو لايكون ، هذا أصلهم .

قال الشيخ : وإذا فُوِّض إليه في نكاحه في مرضه فسمَّى لها ثم مات فلاشيئ لها إلا أن يدخل بها فذلك في ثلثه وإن كان أضعاف صداق المثل مبدَّءاً على الوصايا وكذلك لو نكح بتسمية[١٠] .

---

(١) "أن" ليست في ز .

(٢) "على صداق المثل" ليست في ز .

(٣) أي المريض .

(٤) هو أبو مُصعَب أحمد بن القاسم بن الحارث بن زُرارة القرشي الزهري المدني ، قاضي المدينة وفقيهها ، إمامٌ، ثقةٌ، ثبتٌ ، روى عن مالكٍ الموطأ وغيره ، تفقه بالمغيرة وابن دينار ، له مختصرٌ في قول مالكٍ مشهور ، توفي بالمدينة سنة ٢٤٢هـ وهو على القضاء .
انظر : ترتيب المدارك ٥١١/١ ، سير أعلام النبلاء ٥٩٩/٩ ، شجرة النور ص٥٧ .

(٥) "وارثا" ليست في أ .

(٦) في جميع النسخ "فتصير" .

(٧) انظر : المعونة ٧٨٨/٢ .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل١٨/ب .

(٩) وهو قول أبي مصعب .

(١٠) المصدر نفسه ل١٨/ب .

وقال أصبغ : يُبَدَّأ قدر صداق المثل والزائد تحاصٌّ به[١] .

قال ابن المواز : وأحب إلي قول عبد الملك : أن لها صداق المثل مبدَّءاً ، ويبطل مازاد عليه ـ يريد في التفويض في المرض ـ لأن الواجب لها بالوطء صداق المثل ، فما زاد فليس بوصية ، لأنه لم يرد به الوصية ، وأما التي تزوجها بتسمية فبتلك التسمية رضيت فلها جميعه في الثلث ، وهذا التفسير من غير رواية ابن أبي مَطَرٍ[٢] [٣] عن ابن المواز[٤] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران أنه قال : أجمع أصحابنا أن صداق المريض لايكون في رأس المال ، قال : وذكر أبو الحسن عن المغيرة أنه قال : ذلك في رأس المال ، ولاأدري أين رآه ، وقد رأيت في كتاب المغيرة : أنه من الثلث ، وجعل الشيخ أبو الحسن ربع دينار من رأس المال ، فعلى هذا تحاص أهل الدين بالربع دينار.

قال بعض فقهائنا : وهو قول حسن ، إذ لايستباح البضع بأقل من ربع دينار، ويدل على صحته قوله في العبد يتزوج بغير إذن سيده ويدخل فيفسخه السيد : إنه يترك لها ربع دينار ، فإذا لم يكن للسيد في ذلك حجة فالورثة والمِديان أحرى أن لاتكون لهم حجة[٥] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٦٢/ب .

(٢) في ز "ابن مطرف" ، وهو خطأ .

(٣) هو أبو الحسن علي بن عبد الله بن أبي مطر الاسكندري ، قاضي الاسكندرية ، إمامٌ ، فقيهٌ ، روى عن محمد بن المواز ومحمد بن عبد الله بن ميمون وغيرهما ، توفي سنة ٣٣٩هـ .
انظر : الديباج ١٢٣/٢ ، شجرة النور ص٨٠ .

(٤) النوادر والزيادات ل٢٦٢/ب .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل١٨/أ .

[الباب الخامس عشر]
فيمن أراد نكاح امرأة أو شراء أمة فزعم أبوه أنه قد وطئها ومن أدخلت عليه غير زوجته ، وهل يبوأ مع الأمة بيتا والحكم في الخنثى ، ونكاحه امرأة زنى بها أو قذفها

[فصل ١ ـــ فيمن أراد نكاح امرأة أو شراء أمة فزعم أبوه أنه قد وطئها]

قال ابن القاسم : ومن اشترى جاريةً ، أو أراد شراءها ، أوخطب امرأةً فقال له أبوه : قد نكحت الحرة ووطئت الأمة بشراءٍ ، وأكذبه الابن ، فلايقبل قول الأب إلا أن يكون ذلك من قوله فاشياً قبل الشراء أو النكاح ، فأرى له أن يتنزَّه عنها ، ولو فعل لم أقض به عليه ، وقد قال مالك : لاتجوز شهادة امرأةٍ واحدةٍ في الرضاع إلا أن يكون قد فشا وعُرِف في الأهلين والمعارف والجيران ، فأحب إلي أن لاينكح ، ويتورَّع .

قال ابن القاسم : فشهادة الوالد في مسألتك مثل شهادة امرأةٍ في الرضاع ، وكذلك الأم إذا لم يزل يسمعونها تقول : قد أرضعت فلانة ، فلما كبرت أراد[١] الابن تزويجها ، فلايفعل ، ولاتجوز شهادة امرأتين في الرضاع إلا أن يكون قد فشا وعُرِف ، فإذا كان كذلك رأيتها جائزة[٢] . / [٨٤/أ]

فصل [٢ ـــ فيمن أُدخلت عليه غير زوجته]

قال مالك : وإذا تزوج أخوان أختين فأخطئ بهما ، فأُدخل على كل واحدٍ منهما زوجة أخيه فوطئها ، رُدَّت كل واحدةٍ إلى زوجها ولايطؤها إلا بعد ثلاث حِيض[٣] .

---

(١) "أراد" ليست في أ .
(٢) انظر : المدونة ٢٤٧/٢ .
(٣) انظر : المصدر نفسه ٢٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

قال ابن القاسم : وعلى العالمة منهما الحد ولاصداق لها[١] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران أنه قال[٢] : لانفقة لكل واحدةٍ في الإستبراء على زوجها ، لأنه لم يدخل بها ، ولاعلى الواطئ ، لأنها غير زوجته ، إلا أن يظهر حمل فترجع عليه بما أنفقت .

وأما من وطئ زوجة رجلٍ في ليلٍ يظنُّ أنها زوجته و لم تحمل ، فنفقتها في استبرائها على زوجها ، كما لو مرضت فإنه ينفق عليها ، قال : وسواءٌ كان للتي أُدخلت على غير[٣] زوجها مالٌ أم لا ، لانفقة لها[٤] على أحدٍ منهما[٥] .

وذكر في بعض التعاليق : أن نفقة كل واحدةٍ على زوجها الحقيقي[٦] ، والأول أصوب .

قال ابن القاسم[٧] : [٨] فإن قالت : لم أعلم وظننت أنكم زوجتموني منه ، فلها صداق مثلها[٩] على الواطئ ، ويرجع هو به على من غرّه[١٠] .

قال مالك في الواضحة : فإن لم يغرّه منها أحدٌ وإنما كان خطأً منهم ، فصداق مثلها على الواطئ - يريد : ولايرجع عليها بشيءٍ - إذ ليست عالمةً ، والخطأ لازمٌ لايعذر به ، وفي العمد الحد مع صداق المثل[١١] .

---

(١) انظر : المدونة ٢٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .
(٢) "قال" ليست في ز .
(٣) "غير" ليست في أ .
(٤) "لها" ليست في أ ، ب .
(٥)،(٦) انظر : تهذيب الطالب ٢٢/أ .
(٧) "قال ابن القاسم" ليست في أ ، ب .
(٨) في ز زيادة : "وعلى العالمة منهما الحد" وقد تقدمت قريباً .
(٩) في ز "الصداق" .
(١٠) انظر : المدونة ٢٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .
(١١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٦/ب .

ومن كتاب محمد وكتاب ابن سحنون : ومن زوج ابنته لرجلٍ فأَدخل عليه أمته على أنها ابنته ، فهذه تكون له بما تلد أم ولد ، وعليه قيمتها يوم الوطء ، حملت أو لم تحمل ، ولاقيمة عليه في الولد بمنزلة من أحلّ أمته لرجل ، وتبقى ابنته زوجةً له[(١)] ، ولو علم الواطئ أن التي أُدخلت عليه غير زوجته ثم وطئها فهو سواء، ولاحد عليه .

وقال ابن حبيب : ومن أَدخل أمته على زوج ابنته فوطئها دُرِءَ عنه الحد ، ولزمته القيمة ، وتحد الأمة ، إلا أن تدعي أن سيدها زوجها منه ، ويعاقب السيد .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم فيمن طلب الدخول فأُدخلت عليه جاريةٌ بكرٌ بامرأته ، وامرأته ثيب ، وقيل له : لاتقربها الليلة ، فحلف بعتق رقيقه لاوطئها الليلة ، وهو يظنها امرأته ، فوطئها تلك الليلة واستمرت حاملاً ، وعليه شرطٌ لزوجته بعتق كل جاريةٍ يتخذها أمَّ ولدٍ[(٢)] وأمرها بيدها[(٣)] .

قال : يلحق به الولد ولاحد عليه ولاعليها ، ويعتق عليه رقيقه ، وليس عليه طلاقٌ ولاتمليكٌ لزوجته ، وعليه لزوجته قيمة الولد إن لم تعلم زوجته بما صنع أهلها ولاتقوَّم عليه الجارية ، ولايرجع الزوج على الذي غرَّه بقيمة الولد ، ولايكون أشد من المستحقَّة من يده تحمل فيؤدي قيمة الولد ، ولايرجع على الغاصب ، ولو كان ذلك بعلم زوجته ، لم ترجع بقيمة الولد ، ولاتقوَّم عليه الجارية إلا أن يشاء هو ذلك[(٤)] .

قال الشيخ : هذا كلامٌ جيدٌ ، وهو خيرٌ من كلام سحنون الذي ألزمه في الأمة القيمة وإن لم تحمل[(٥)] ، وخيرٌ من كلام ابن حبيب الذي ألزم الأمة الحد[(٦)] ، لأن الأمة في ذلك كالمُكْرهة ، فيجب أن يسقط عنها الحد[(٧)] . والله أعلم .

---

(١) أي للذي دخل على الأمة .
(٢) "أم ولد" ليست في ز .
(٣) في أ ، ب "بيده" .
(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٨٧/٤ ، النوادر والزيادات ل٢٤٦/أ .
(٥) في ز "يعلم" .
(٦) كما تقدم .
(٧) "الحد" ليست في ز .

[فصل ٣ ــ في زوج الأمة هل يُبَوأ معها بيتا؟]

ومن المدونة : من نكح أمةً فليس لـه أن تبوَّأَ معه بيتاً ، وتبقى في خدمة ساداتها ، وليس للسادة منعه الوطء إذا أراده ، ولايضُرُّوا به ، ويمنع هو من الضرر بهم ، وللسيد بيعها ، وليس للمبتاع منع زوجها منها ، وإن بيعت بموضعٍ لايصل إليها الزوج فله طلبها ، والخصومة إن منع منها ، ويتبعه البائع بمهرها أو بنصفه إن طلقها قبل البناء[١] .

فصل [٤ ــ في حكم الخنثى]

ومن المدونة : ابن القاسم : والحكم في الخنثى بمخرج البول ، فإن كان يبول من ذكره فهو رجلٌ ، وإن كان يبول من فرجه فهو جاريةٌ ، لأن النسل من المَبال وفيه الوطء / فيكون ميراثه وشهادته وكل أمره على ذلك، وماجترأنا على سؤال مالكٍ عنه[٢] . [٨٤/ب]

قال الشيخ : وقيل : إن أوَّل من حكم بذلك في الجاهلية عَامر بن الظَّرِب العدواني[٣] برأي جاريةٍ له راعية غنم[٤] ، ثم حكم به علي بن أبي طالب في

---

(١) انظر : المدونة ٢٤٨/٢، ٢٤٩ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٢) انظر : المدونة ٢٤٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

(٣) هو عامر بن الظرب بن عمرو بن عياذ العدواني ، حكيمٌ ، خطيبٌ ، من الجاهليين ، كان إمام مُضَر وحكمها وفارسها ، كانت العرب لاتعدل بفهمه فهماً ولابحكمه حُكماً ، وهو أحد المُعمرين في الجاهلية .
انظر : الأعلام ٢٥٢/٣ .

(٤) ذكر عبد الحق ذلك عن بعض شيوخه : أن عامر بن الظرب سئل عن توريث الخنثى ، فسهر ليلته تلك،وكانت له خادمة تدعى سخيلة فسألته في بعض تلك الليلة فقالت : ماالذي أسهرك ياسيدي؟ فقال لها لاتسألي عما لاعلم لك به ، ليس هذا من رعي الغنم في شيء ، وكانت ترعى له الغنم فذهبت عنه ، ثم رجعت إليه فسألته فأعاد عليها الكلام الأول فراجعته وقالت : أخبرني ياسيدي فلعل عندي فَرَجًا ، فأخبرها بما نزل به من أمر الخنثى ، فقالت لـه : يامولاي يقفى الحكم للمبال ، ففرح بذلك وانكشف عنه ماكان فيه . تهذيب الطالب ل٢٠/أ . =

الإسلام بأن جَعل الحكم للمبال[١] [٢] .

وروى أيوب[٣] الأعور الفَرَضي[٤] في كتابه أن الرسول عليه الصلاة والسلام سئل عن مولود له قُبُلٌ وذَكَرٌ من أين يورَّث؟ فقال عليه الصلاة والسلام : "من حيث يبول"[٥] ، وكذلك قال علي رضي الله عنه : إذا بال من ذكره وَرِث ميراث ذكر ، وإن بال من فرجه وَرِث ميراث أنثى[٦] ، فإن خرج منهما جميعاً فمن أيهما سبق[٧] وذلك قول جابر بن زيد[٨] وغيره[٩] من التابعين[١٠] .

= وأورد هذه القصة الحطاب نقلاً عن القاضي عياض ، وفيها أنه أقام أربعين يوماً متوقِّفاً فيها ، قال الأذرعي : وفي ذلك عبرةٌ ومزدَجرٌ لجهلة قضاة الزمان ومُفتيه فإن هذا مشركٌ توقَّف في حكم حادثةٍ أربعين يوماً ولاقوة إلا بالله .
قال الحطاب : وفيه عبرةٌ من جهةٍ أخرى وهي أن الحكمة قد يخلقها العليُّ ويجريها على لسان من لايُظَنّ به معرفتها ، وأنه وإن عجز عن إدراكها أصحاب الفطنة والعقول المستعدة لذلك فقد يُجريها الله على لسان من لم يستعد لها والله الموفق .
مواهب الجليل ٦١٢/٨ .

(١) أخرجه سعيد بن منصور ، كتاب ولاية العصبة ، باب ماجاء في الخنثى ٦٣/١ رقم (١٢٥،١٢٦) .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٢٠/أ .

(٣) في ز "أبو أيوب" .

(٤) لم أعثر على ترجمته .

(٥) أخرجه البيهقي ، كتاب الفرائض ، باب ميراث الخنثى ٤٢٨/٦ رقم (١٢٥١٨) .
والحديث فيه محمد بن السائب الكلبي قال فيه ابن حجر : مُتَّهم بالكذب .
انظر : التقريب ٧٨/٢ رقم (٥٩٢٠) .

(٦) "أنثى" ليست في أ ، ب .

(٧) أخرجه البيهقي ، كتاب الفرائض ، باب ميراث الخنثى ٤٢٧/٦ رقم (١٢٥١٥) .

(٨) هو أبو الشعثاء جابر بن زيد الأزدي اليحمدي ، مولاهم ، البصري الخوفي ، كان عالم أهل البصرة في زمانه ، يُعدُّ مع الحسن وابن سيرين ، وهو من كبار تلامذة ابن عباس ، توفي سنة ٩٣هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٤٨١/٤ ، شذرات الذهب ١٠١/١ .

(٩) أخرجه البيهقي ، كتاب الفرائض ، باب ميراث الخنثى ٤٢٧/٦ رقم (١٢٥١٧) .

(١٠) كسعيد بن المسيب والحسن البصري .
انظر : مصنف ابن أبي شيبة ، كتاب الفرائض ، باب في الخنثى يموت كيف يورث ٢٨٠/٦ رقم (٣١٣٥٧) .

قال أيوب : فإن خرج منهما جميعاً معاً[١] فقال أبو يوسف[٢] وبعض أصحاب أبي حنيفة : يُنظر من أيِّهما خرج أكثر فيكون الحكم له به[٣] .

قال الشيخ : قال شيخنا أبو بكر عَتيق بن عبد الجبَّار[٤] : أنكر ذلك الشعبي[٥] فقال : أيوزن البول؟ أيكال البول؟ لاعلم لي إذا بال منهما جميعاً[٦] ، والأولى ماقالته الجماعة[٧] ، لأن الأقل يتبع الأكثر في أكثر الأحكام ، قال[٨] : فإن بال منهما جميعاً متكافئاً فهو مشكلٌ في حال الصغر ، ثم يُنظر في كِبَرِه وبلوغه ، فإن نبتت لحيته و لم ينبت له ثديٌ فهو رجلٌ ، لأن اللحية علامة التذكير ، وإن لم تنبت له لحيةٌ وخرج له ثديٌ فهو امرأةٌ ، لأن الثدي يدلُّ على الرَّحم وتربية الولد ، فإن لم تنبت له لحيةٌ ولاثديٌ أو نَبَتَا جميعاً نُظِر ، فإن حاضت من فرجها فهي امرأةٌ ، وإن احتلم من ذكره فهو رجلٌ ، وإن احتلم وحاض أو لم يكن من ذلك شيءٌ فهو

---

(١) "معا" ليست في أ ، ب .

(٢) هو القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الكوفي ، هو أول من لُقِّب بقاضي القضاة ، فقيهٌ ، فاضلٌ ، وعالمٌ حافظٌ ، إمامٌ مجتهدٌ ، تفقه على الإمام أبي حنيفة ولازمه ، وسمع من عطاء بن السائب وطبقته ، توفي سنة ١٨٢هـ .
انظر : الطبقات ٢٣٨/٧ ، سير أعلام النبلاء ٧٠٧/٧ ، شذرات الذهب ٢٩٨/١ .

(٣) انظر : تحفة الفقهاء ٣٥٧/٣ .

(٤) هو أبو بكر عتيق بن عبد الجبار بن الفَرَضي الصَّقلِّي ، ذكر القاضي عياض بأنه ممن سمع من ابن الحصائري ، وعدَّه ابن فرحون من شيوخ المؤلف ابن يونس الصقلي ، وقد سماه مخلوف في الموضعين عتيق بن عبد الحميد ، و لم أعثر له على ترجمة مستقلة .
انظر : الترتيب ٧١٥/٢ ، الديباج ٢٤٠/٢ ، شجرة النور ص٩٨،١١١ .

(٥) هو أبو عمرو عامر بن شراحيل بن عبد بن ذي كبار الشعبي ، وهو من حِمْيَر وعِدَادُه في هَمَدَان ، الإمام الحَبر العلامة ، حدَّث عن كثير من الصحابة ، توفي بالكوفة فُجْأَة سنة ١٠٤هـ.
انظر : الطبقات ٢٥٩/٦ ، سير أعلام النبلاء ٢٦٩/٥ ، شذرات الذهب ١٢٦/١ .

(٦) "لاعلم لي إذا بال منهما جميعا" ليست في ز .

(٧) وهو أن الحكم لما سبق منهما .

(٨) أي أيوب الأعور .

مشكلٌ عند من تكلَّم في الخنثى[١] إلا على قولةٍ شاذةٍ ذهب إليها بعض الناس[٢] أنه يُنظر إلى عدد أضلاعه ، قال : وذلك أن أضلاع الرجل أقل من أضلاع المرأة بضِلَع، أضلاع المرأة ثمانية عشر ضِلعاً من كل جانب ، وأضلاع الرجل ثمانية عشر ضِلعاً في الجانب الأيمن ، وفي الأيسر سبعة عشر ضِلَعاً ، وذكر أن الله تعالى لما خلق آدم جعل له ثمانية عشر ضلعاً من كل جانب ، ثم ألقى عليه النوم فنام فاسْتَلَّ من جانبه الأيسر ضِلَعاً فخلق منه حواء[٣] ، فالمرأة تزيد ضلعاً على الرجل[٤] ، وعند هذا القائل لايكون مشكلاً في صغرٍ ولا كِبَر .

قال أيوب : وإليه كان يذهب الحسن البصري ، وتابعه على ذلك عمرو بن عبيد[٥] ، قال : والجماعة على خلافهما .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٢٠/أ .

(٢) وهما الحسن البصري وعمرو بن عبيد كما سيأتي .

(٣) قال ابن كثير عند تفسير قول الله تعالى : ﴿وَقُلْنَا يَاآدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَاتَقْرَبَا هَٰذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِيْنَ﴾ سورة البقرة : آية ٣٥ : قال محمد بن إسحاق : أُلقيت السِّنَة على آدم فيما بلغنا من أهل الكتاب من أهل التوراة وغيرهم من أهل العلم عن ابن عباس وغيره ، ثم أخذ ضلعاً من أضلاعه من شقه الأيسر وَلَأَمَ مكانه لحماً وآدم نائمٌ لم يهبَّ من نومه حتى خلق الله من ضِلعه تلك زوجته حواء فسوَّاها امرأةً ليسكن إليها .
انظر : تفسير القرآن العظيم ٧٩/١ .

(٤) وقد أورد هذا الكلام الحطَّاب نقلاً عن ابن يونس ، ثم ذكر عن العقباني الأقوال في عدد أضلاع كل من الرجل والمرأة ثم قال ـ أي العقباني بعد ذلك : وفي إثبات الأحكام بمثل هذا ضعف والعَيَان يدل على خلافه ، فقد أطبق خلقٌ كثيرٌ من أهل التشريح على أنهم عاينوا أضلاع الصنفين متساوية العدد .
انظر : مواهب الجليل ٦٢١/٨،٦٢٢ .

(٥) هو عمرو بن عبيد البصري المعتزلي ، صاحب الحسن البصري ثم خالفه واعتزل حلقته فلذا قيل المعتزلة ، توفي بمرَّان على طريق مكة سنة ٢٤٢هـ ، وقيل ٢٤٤هـ .
انظر : الطبقات ٢٠١/٧ ، شذرات الذهب ٢١٠/١ .

واختلف أهل العلم إذا كان مشكلاً كيف يكون ميراثه ، فذهب أكثرهم وحذّاقهم إلى أن يكون له نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى[1] .

قال ابن حبيب : فيكون له على ذلك ثلاثة أرباع المال ، فجعل له هذه الثلاثة أرباع عند مقارنة غيره من الولد ، فإن كان معه ذكرٌ قُسِم المال بينهما على سبعة ، ثلاثٌ للخنثى وأربعةٌ للذكر ، وإن كان معه أنثى قسم المال[2] بينهما على خمسة[3] .

وذهب أكثر القائلين بنصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى إلى أنه يورَّث بالأحوال ، وذلك أن الخنثى في حالٍ يكون ذكرا ، وفي حالٍ يكون أنثى ، فيُعمل على الحالين[4] .

قال الشيخ : وسأذكر بيان ذلك في كتاب الفرائض ، وأذكر فيه بقية اختلافهم فيه ، وكيفية حساب توريثه / إن شاء الله . [٨٥/أ]

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : ولايصلي إلامُستَتِراً في آخر صفوف الرجال وأول صفوف النساء ، ولايطأ ولايوطأ بنكاح .

وقيل : له أن يطأ أمته ، وذكر حَمْدِيس[5] نحو ماذكرنا .

وذكر عن ابن أخي هشام في الخنثى المشكل إذا مات اشتُري له خادمٌ تغسله واستحسنه أبو عمران[6] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٢٠/أ .

(٢) "المال" ليست في أ .

(٣)،(٤) انظر : مواهب الجليل ٦١٣/٨ .

(٥) هو أبو جعفر أحمد بن محمد الأشعري المعروف بحَمْديس القطّان ، الإمام الفقيه الفاضل ، العابد الورع ، من أصحاب سحنون ، رحل فلقي أبا مصعب ، وأخذ عن أصحاب ابن القاسم وابن وهب وأشهب ، توفي سنة ٢٨٩هـ .
انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص١٩٧ ، ترتيب المدارك ٢٥٤/٢ ، الديباج ٣٤٢/١ ، شجرة النور ص٧١ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٢٠/أ .

قال الشيخ : وذكر أنه إذا غزا فُرِضَ له ربع سهمٍ ، لأن له في بعض الأحوال سهماً ، وفي بعض الأحوال لاشيء له ، بخلاف الوراثة ، وذكر أنه إذا زنى بذكره أنه لاحد عليه ، لأن ذَكَرَه كأُصْبُع ، وإذا وطئ في فرجه كان عليه الحد[١] .

[فصل ٥ ــ في نكاح الرجل امرأة زنى بها أو قذفها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فلابأس أن ينكح الرجل امرأةً كان زنى بها بعد الاستبراء ، أو امرأةً قذفها فحُدَّ لها أو لم يحد[٢] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٢٠/أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٤٩ ، تهذيب المدونة ص٨٩ .

[الباب السادس عشر]
في الدعوى في النكاح

[فصل ١ ـــ في دعوى النكاح إن أنكرها المدعى عليه منهما]

قال ابن القاسم : وإذا ادعت امرأةٌ نكاح رجل ، أو ادعاه هو عليها ، فلايمين على المنكر ، إذ لايقضى عليه بنكوله[1] .

ومن غير المدونة قال غيره : وفارق البيوع هاهنا ، لأنه لايستباح فَرْجٌ في سنة الرسول عليه الصلاة والسلام إلا بصداقٍ وبينةٍ وولي[2] فلاينعقد النكاح بأيمان ، ولو أقام الزوج شاهداً فاستُحلِفت المرأة فنكلت لم يلزمها النكاح ، ولاتسجن كما يسجن الزوج في الطلاق .

[فصل ٢ ـــ في المرأة يتنازعها رجلان]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا ادعى رجلان امرأةً ، كل واحدٍ يدعي أنها زوجته ، وأقاما البينة ، ولم يُعلم الأول منهما ، والمرأة مقرةٌ بأحدهما أو بهما ، أو منكرةٌ لهما ، فإن عدلت البينتان فسخت نكاحيهما وكانت طلقةً ، ونكحت من أحبت منهما أو من غيرهما ، وإن كانت إحدى البينتين[3] عادلةً والأخرى غير عادلةٍ قضيت بالعادلة .

قيل : فإن كانت واحدة أعدل من الأخرى وكلهم عدول؟

قال : يفسخان جميعاً ، بخلاف البيوع ، لأن السِّلَع لو ادعى رجلٌ أنه ابتاع

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٥٠ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

(٢) وقد سبقت الأحاديث الدالة على ذلك في أبوابها .

(٣) "البينتين" ليست في أ ، ب .

هذه السلعة من فلانٍ ، وأقام بينةً ، وادعى آخر أنه ابتاعها من فلانٍ وأقام بينةً ، قال مالك : يقضى بأعدل البينتين[١] .

قال الشيخ : لعله يريد أن شهادتهما كانت في مجلسٍ واحدٍ، ولفظٍ واحدٍ ، فتقول بينة كل واحدٍ: أنه باعها ممن شهدوا لـه ، فهـذه قـد تهـاترت[٢] ، ويقضـى فيها بأعدل البينتين .

فأما لو شهدت بينة كل واحدٍ أنه ابتاعها من فلانٍ ولم تُؤَرَّخ ، ولاعُلِـم مَـنْ هو الأول ، فهذه لم تتهاترا ، إذ يمكن أن يبيعها من أحدهما ، ثم يبيعها مـن الآخـر ويخيَّر كل واحدٍ منهما في أن يأخذ نصف السلعة ، ويرجع على البائع بنصف الثمن إن كان نقده ، أو يرد ويأخذ ثمنه ، وإن شـاءا ردَّاهـا وأخـذا ثمنيهمـا ، فـإن ردَّاهـا فللبائع أن يلزمها أيهما شاء .

وإنمـا قسـمتها بينهمـا ، لأن شراء[٣] واحـدٍ منهمـا صحيـح ، فلمـا لم يُعلـم قسمت بينهما إذا شاءا ، وكذلك العلة في النكاح أن نكاح[٤] واحدٍ منهما صحيـحٌ فلما لم يُعلم واستحال أمر القسمة فُسِخ ، وهذا بيِّن .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن صـدَّق البـائع إحـدى البينتـين وكـذَّب الأخرى لم يُنظر إلى قوله[٥] .

قال ابن المواز : فإذا كانت الزوجة مقرة[٦] لأحدهما جعلتهـا لـه زوجـةً ولم أفسخ نكاحها منه ، لأني لو فسخت نكاحها ثـم رجعـت إلى الـذي أقـرت لـه أنـه الأول بغير ائتناف نكاحٍ لم أمنعهما ، إذ لم يبـق لهمـا خصـمٌ ينفـي قولهمـا ، وإن لم توقِّت بينة الآخر وقتاً فهي زوجة مَنْ أقرّت أنه الأول حتى يأتي مايبطل ذلك ، وإن

---

(١) انظر : المدونة ٢٥٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .
(٢) تهاتُر البينات : أي سقوطها . انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٤٨ .
(٣) في ز زيادة "كل" .
(٤) في أ زيادة "كل" .
(٥) انظر : المدونة ٢٥٠/٢ .
(٦) "مقرة" ليست في أ .

كانت منكرةً لهما كان لها أن تتزوج أيهما شاءت ، فمن تزوجته منهما لم يلزمه الطلاق ، لأنه إن يكن الآخر منهما فلم تكن امرأته فيلزمه الطلاق ، ولو كان هو / [٨٥/ب] الأول فقد رجعت إليه على حالها ولم يضره دعوى الآخر ، إلا أني أحب أن يتزوجها بصداقٍ ووليٍّ احتياطاً لِمَا عَمِيَ مِنْ أمره ، ولايضره ذلك ، وأما الآخر فإنه متى تزوجها بعد هذا الذي تزوجته فإنه تلزمه طلقة ، وكذلك إن تزوجت غيرهما ودخلت لزم من تزوجته منهما طلقة[1] .

قال الشيخ : وذكر عن بعض شيوخنا : أن قول ابن المواز هذا خلافٌ لقول ابن القاسم[2] ، قال : ولسحنون أنه يقضى بأعدل البينتين كالبيع ، ومثله لأبي إسحاق البرقي[3] [4] .

وإنما يصح هذا عندي في التهاتر أن يشهدا في مجلسٍ واحدٍ ، ولفظٍ واحدٍ ، فإنه يقضى بأعدل البينتين ، لأن كل بينةٍ قد كذّبت صاحبتها ، فأما إن شهدا في مجلسين فلم يؤرّخا ولاعُلِمَ الأول فالصواب قول ابن القاسم[5] كما بيّنّا في صدر المسألة ، وفرّقنا فيه بين النكاح والبيع ، فتأمّله تقف على صوابه إن شاء الله تعالى[6].

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٢٨/أ .

(٢) أي الذي تقدم أول الباب وهو القول بفسخ النكاحين .

(٣) هو أبو إسحاق إبراهيم بن عبد الرحمن البرقي المصري ، فقيهٌ ، عالمٌ ، أخذ عن أشهب وابن وهب وغيرهما ، له سماعٌ ومجالس رواها عن أشهب ، توفي سنة ٢٤٥هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٦٠/٢ ، الديباج ٢٥٩/١ ، شجرة النور ص٦٧ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل١٩/أ .

(٥) وهو فسخ النكاحين .

(٦) "فتأمله تقف على صوابه إن شاء الله تعالى" ليست في ز .

[الباب السابع عشر]
في ملك أحد الزوجين صاحبه

[فصل ١ ـــ في أسباب منع الرجل من نكاح أمته والمرأة من نكاح عبدها]

وأجمعوا أنه لايجوز نكاح الرجل أمته ولاالمرأة عبدها ، لأن الرجل يستبيح منافع البضع في أمته بملكه ويتصرف فيها بالبيع والهبة وغير ذلك ، والتزويج إنما هو عقد معاوضةٍ على استباحة منافعٍ ليست مملوكة ، فلو أبحنا له تزويج أمته لحرّمنا عليه التصرف فيها بالبيع وغيره ، ولم يجز تزويج المرأة لعبدها ، لأن منافع البضع يملكها الزوج على المرأة ، وذلك يستحيل في العبد أن يملك شيئاً من سيدته ، لأنها تملك رقبته وذلك يوجب تعارض الحقوق ، لأنه بملكه بُضْعَهَا تلزمها طاعته ، وتلزمه طاعتها بالرق ، ويلزم كل واحدٍ نفقة صاحبه ، وفي ذلك تعارض الحقوق وبطلانها ، وقد بيّنّا ذلك في الكتاب الأول[1] [2] أيضاً ، فإذا ثبت هذا وجب إذا ملك أحد الزوجين صاحبه أن يفسخ نكاحه[2] .

[فصل ٢ ـــ في الحكم إن ملك أحد الزوجين صاحبه]

قال مالك : وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه أو شيئاً[3] منه قلّ أو كثر فسخ النكاح فسخاً بغير طلاقٍ ، ملكه بشراءٍ أو ميراثٍ أو صدقةٍ أو وصية[4] .

وقاله عليٌّ وابن مسعودٍ رضي الله عنهما[5] .

---

(١) وهو في الباب العشرين منه .

(٢) ليست في ز .

(٣) "شيئا" مكانها بياض في أ ، ب .

(٤) انظر : المدونة ٢٥١/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

(٥) انظر : المدونة ٢٥٢،٢٥١/٢ .

قال أبو الزناد : وهي السنة[١] .

قال ابن القاسم : وإذا اشترت امرأةٌ زوجها فسد النكاح واتبعته بمهرها ديناً إن كان دخل بها ، وإذا لم يؤذن للأمة في التجارة لم يكن لها أن تشتري زوجها إلا بإذن سيدها ، فإن اشترته بغير إذنه فلم يجز سيدها شراءها بقيا على نكاحهما[٢] .

فصل [٣ ـ في تطليق السيد على عبده ، وتزويجه العبد أمته ثم هبتها له والإيلاء والظهار ممن يملك من امرأته شقصا]

ولايطلق السيد على عبده بغير إذنه[٣] .

قال ابن نافع عن مالك : ومن زوج أمته من عبده ثم وهبها له يغتزي[٤] فسخ النكاح وأن يحلّها لنفسه أو لغيره لم يجز ، ولاتحرم بذلك على الزوج ، ولاتنزع منه[٥] .

قال ابن القاسم : ومن ملك من امرأته شقصاً ثم آلى منها أو ظاهر لم يلزمه الظهار ، إذ ليست بأمةٍ تامةٍ ولازوجة ، ويلزمه الإيلاء إن نكحها يوماً ما .

ومن ضمن صداق عبده ثم دفع السيد العبد إلى الزوجة في صداقها فرضيت فسد النكاح ، فإن لم يكن بنى بها رجع العبد إلى سيده[٦] .

ابن حبيب : وإن كان قد بنى بها انفسخ النكاح وملكته ، وقاله ابن القاسم وفي كتاب[٧] النكاح الأول[٨] شيءٌ من هذا[٩] .

---

(١)،(٢)،(٣) انظر : المصدر نفسه ٢٥٢،٢٥١/٢ .

(٤) أي يقصد .

(٥)،(٦) انظر : المصدر نفسه ٢٥٣،٢٥٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

(٧) "كتاب" ليست في ز .

(٨) "الأول" ليست في أ .

(٩) انظر ص١٤٠ .

[الباب الثامن عشر]
القضاء في الصداق والعجز عنه

[فصل ١ ــــ فيما يقضى به عند العجز عن الصداق أو كان الفراق من قبل المرأة]

قال الله تعالى : ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾[١] ، وقال : ﴿فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[٢] .

وقال /مالك وابن القاسم[٣] : وللزوجة منع نفسها حتى تقبض صداقها إن [٨٦/أ] كانا بالغين ، فإذا أعسر الزوج بنقدها قبل البناء تلوّم له الإمام ، وضرب له أجلاً بعد أجل ، ويختلف في التلوُّم فيمن يُرجى له وفيمن لايُرجى له ، فإذا استأصل التلوم له ولم يقدر على نقدها فرّق بينهما وإن أجرى النفقة . ولو أعسر به بعد البناء لم يفرق بينهما إذا أجرى النفقة واتبعته به دينا[٤] .

قال ابن حبيب : إذا لم يجد الصداق ولم يبن بها كُلِّف النفقة وقُصِرَ[٥] له في أجل الصداق ، فإن لم يجد أيضاً النفقة أُجِّل أجلاً دون أجل ذلك في الصداق ، مثل الأشهر إلى السنة ، وإن وجد النفقة أُجِّل[٦] السنة والسنتين[٧] .

قال الشيخ : وإذا فرق بين الزوجين قبل البناء لعدم الصداق أو النفقة ، فللمرأة نصف الصداق ، قاله ابن القاسم وابن وهب[٨][٩] .

---

(١) سورة النساء : آية ٤ .
(٢) سورة النساء : آية ٢٤ .
(٣) "ابن القاسم" ليست في ز .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٥٣ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .
(٥) في جميع النسخ "فسخ" .
(٦) أي الصداق .
(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٢/ب ، ٢٧٣/ب ، ٢٧٤/أ .
(٨) "وابن وهب" ليست في ز .
(٩) تهذيب الطالب ل٢٠/أ .

وقال سحنون عن ابن نافع : إذا طلق عليه قبل البناء لعدم الصداق فلاصداق لها ، لأن الفراق من قِبَلِهَا ، وكذلك من جُنَّ[١] قبل البناء ففرق بينهما فلاصداق لزوجته[٢] .

قال الشيخ : قال بعض الفقهاء : ولاخلاف في المجنون[٣] ، لأن عذره قائم ، وأما المعدم بالنفقة أو بالصداق يمكن أن يخفي ماله ويظهر العدم ، أو يقدر على ذلك بوجهٍ ما ، فيصير الطلاق كأنه هو اختاره ، فوجب عليه نصف الصداق عند من رأى ذلك[٤] .

وإذا أسلمت ذميةٌ تحت ذميٍّ أو عتقت أمةٌ تحت عبدٍ فاختارت نفسها ، وذلك قبل البناء فلاصداق لها[٥] .

قال إسماعيل القاضي : لأن الطلاق من قِبَلِهَا لامِنْ قِبَلِ الزوج ، وقد قال الله تعالى : ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَافَرَضْتُم﴾[٦] ، فالزوج هاهنا لم يكن مطلقا ، وذلك بخلاف المملّكة والمخيَّرة قبل البناء ، فهذه لها نصف الصداق ، قاله مالك ، لأن الطلاق هاهنا من قِبَلِ الزوج ، إذ جعله لها[٧] .

وذكر عن أبي عمران فيمن باع أمته من ظالمٍ قبل أن يدخل بها زوجها ، فمنَع الزوج من الدخول بها ولم يقدر عليه قال : لاصداق على الزوج ، وإن قبضه منه السيد لزمه أن يرده عليه ، وبالله التوفيق[٨] .

---

(١) في أ ، ب "عجز" ، وماأثبته أصح .
(٢) لأن الفراق من قِبَلِهَا أيضاًإذلم ترضَ به مجنوناً . المصدر نفسه ل٢٠/أ ، وقد تقدم ذكر عيب الجنون في الرجل ص١٦٦ .
(٣) أي في أنه لايلزمه شئ من الصداق .
(٤) انظر : المصدر نفسه ل٢٠/أ .
(٥) انظر : المدونة ٢/٢٣٢،٢٣٣ .
(٦) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .
(٧) انظر : تهذيب الطالب ل٢٠/أ ، ب .
(٨) انظر : المصدر نفسه ل٢٠/ب .

[فصل ٢ ـــ في الصداق إن كان مؤخرا]

ومن المدونة : قال مالك : ولها أخذه بالمهر بعد تمام العقد إن نكحها مثل نكاح الناس على النقد ، فأما ماكان من مهرٍ إلى موتٍ أو فراقٍ ، فإن هذا يفسخ قبل البناء ويثبت بعده .

قال مالك مرة : يكون لها قيمة المهر المؤخَّر نقداً ـ يريد مع المعجَّل ـ وقال مرة : يكون لها صداق المثل نقداً لاتأخير فيه .

قال ابن القاسم : وهو أحب قوله إلي ، أن تعطى مهر مثلها ويحسب فيه ماأخذت من العاجل ويسقط الآجل[١] .

فصل [٣ ـــ في الدخول بالمرأة قبل أن يقدم الزوج شيئا من الصداق]

ابن حبيب : وإذا رضيت المرأة بالبناء قبل أن يقدِّم شيئاً فليس بحرام ، وهو معنى قول الله تعالى : ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾[٢] ، وقيل : هو[٣] ماأعطته أو وضعت عنه من صداقها ، وأجاز ابن المسيب وغيره أن يدخل قبل أن يُقدِّم شيئاً[٤] ، وكرهه آخرون[٥] ، وكرهه مالكٌ حتى يقدِّم ولو ربع دينار .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٥٣ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٣) "هو" ليست في ز .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في الرجل يتزوج المرأة فيدخل بها قبل أن يعطيها شيئا ٣/٤٨٨ رقم (١٦٤٣٢) .

(٥) وهم ابن عمر وابن عباس وسعيد بن جبير وإبراهيم النخعي وابن سيرين والزهري ، انظر : المصدر نفسه ، كتاب النكاح ، باب من قال لايدخل بها حتى يعطيها شيئا ٣/٤٨٨،٤٨٩ رقم (١٦٤٣٤-١٦٤٤٢) .

وكره ابن القاسم أن يدخل بالهدية التي أهداها حتى يقدِّم ربع دينار ، وأجازه مالك وابن المسيب وابن شهاب[1] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣٢/أ .

[الباب التاسع عشر]
في نفقة الزوجات والعجز عنها ، والدعوى في ذلك ومن أنفق على أجنبي

[فصل ١ ــ في وجوب النفقة ، وبيان مايوجبها]

قال الله تعالى في النفقة : ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾[١] .

قال عبد الوهاب : وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : "تقول لك امرأتك: أنفق عليَّ أو طلقني"[٢] ، ولأن الزوجية عقد منافع ، والنفقة في مقابلة تلك المنافع ، فهي واجبةٌ بالعقد / والتمكين من[٣] الاستمتاع[٤] . [٨٦/ب]

ومن المدونة : قال مالك[٥] : ومن تزوج امرأةً لم تلزمه نفقتها حتى يُدْعَى إلى البناء فحينئذ يلزمه الإنفاق ، فإذا منع من الدخول فلانفقة عليه .

فإن كانت صغيرةً لايجامع مثلها لصغرها ، فقيل له : ادخل عليها أو أنفق ، فلاتلزمه نفقتها ولاصداقها .

ـ **قال الشيخ** : لأن الاستمتاع غير مُتَأَتٍ منها ـ .

قال مالك : حتى تبلغ حدَّ الجماع وإن لم تحض .

ـ **قال الشيخ** : لأن الاستمتاع حينئذٍ مُتَأتٍ كالبالغ ـ .

قال مالك : والصبي إذا زوَّجه أبوه امرأةً فدعته إلى البناء فلايلزمه نفقتها ولاصداقها حتى يبلغ حدَّ الجماع ، وهو الاحتلام .

---

(١) سورة الطلاق : آية ٧ .
(٢) أخرجه البخاري ، كتاب النفقات ، باب وجوب النفقة على الأهل والعيال ١٨٩/٦،١٩٠ .
(٣) في ز "واو" بدل "من" .
(٤) انظر : المعونة ٢٨٧/٢ .
(٥) "مالك" ليست في ز .

ـ **قال الشيخ** : لأن الصغير لايتأتَّى منه الاستمتاع الذي تعاوّض عليه لصغره فلايلزمه شيءٌ حتى يحتلم وإن كان مثله يطأ ، والزوجة قد[١] يكون مثلها توطأ وإن[٢] لم تحتلم ـ .

قال ابن القاسم : ولو دعا الزوج إلى البناء ، وزوجته صغيرة لايجامع مثلها فقال له أبوها أو أولياؤها : لانُمكِّنك منها ، لأنك لاتقوى على جماعها[٣] ، فلهم أن يمنعوه حتى تبلغ حد الجماع .

وقد قال مالك فيمن تزوج امرأةً وشرطوا عليه ألا يدخل بها إلى سنة ، قال: فإن كان ذلك لصغر ، أو كان الزوج غريباً يريد أن يظعن بها وهم يريدون أن يستمتعوا منها ، فذلك لهم ، والشرط لازمٌ ، وإلا بطل الشرط[٤] .

وذكر أصبغ هذه الرواية في العتبية ، قال أصبغ : وماهو بالقويِّ إذا احتملت الوطء[٥] .

قال فيها أشهب : ومن دفع الصداق وطلب البناء[٦] فمنعوه أهلها حتى يهيئوها ، قال : الوسط من ذلك ، ليس له أن يقول : أدخلوها الساعة ، ولالهم حبسها عنه ، ولكن وَسَطٌ بقدر مايجهزونها ويهيئون أمرها[٧] .

قال في كتاب محمد : ولو شرطوا عليه ألا يدخل إلى خمس سنين ، قال : بئس ماصنعوا ، والنكاح جائزٌ والشرط باطلٌ ، ويدخل متى شاء ، وقاله ابن وهب عن مالك[٨] .

---

(١) في ز "أن" ، وفي ب "حتى" .
(٢) "إن" ليست في أ .
(٣) في أ ، ب "لأنها لاتقوى على جماعك" ، وماأثبته أصح ، وهو الذي يتفق مع نص المدونة .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٥٤،٢٥٥ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .
(٥) العتبية مع البيان والتحصيل ٥/١٠٠ .
(٦) "وطلب البناء" ليست في أ ، ب .
(٧) انظر : المصدر نفسه ٤/٣٥٣ .
(٨) النوادر والزيادات ل٢٣٩/أ .

[فصل ٢ ــ فيمن دعي إلى البناء وعجز عن الجماع هل تلزمه النفقة؟]

ومن المدونة : وإذا دعي الزوج إلى البناء وزوجته رَتْقَاء لايقدر على جماعها خير الزوج بين أن يقيم معها أو يفارقها ، فإن فارقها فلاصداق لها إلا أن تعالج نفسها بأمرٍ يصل به إلى جماعها ، ثم تدعوه إلى البناء فلها الصداق والنفقة ، ولاتجبر هي على العلاج ، ومن دعته زوجته إلى البناء والنفقة ، وأحدهما مريضٌ مرضاً لايقدر معه على الجماع ، لزمه أن يدخل أو ينفق ، ولايشبه هذا الصبي أو الصبية ، وإذا كانا صحيحين في العقد لم ينظر إلى ماحدث بهما من مرض ، إلا أن يكون مرضاً بلغ من المرأة حدَّ السياق ، فلايلزم الزوج حينئذ أن يدخل عليها إن دعته ، لأن دخول هذا وغير دخوله سواء ، والصداق أوجب من النفقة في هذه المسائل ، ولها أخذه به حين تزويجها ، دخل بها أو لم يدخل .

ولو جَذِمَت الزوجة بعد النكاح جُذَاماً لايستطاع الجماع معه ، فدعته إلى البناء ، قيل له : ادفع الصداق وأنفق وادخل أو طلق[١] .

قال الشيخ : لأن المنع لم يكن من قِبَلِهَا ، وقد كانت يوم العقد ممن يمكن الاستمتاع بها ، وتلزمه النفقة عليها ، فلايسقطها ماحدث من أمر الله بها .

[فصل ٣ ــ في نفقة المرأة الناشز] [١]

ولانفقة لناشز ، لما بيَّنا أنها في مقابلة التمكين والاستمتاع ، فإذا منعته نفسها و لم تمكِّنه لم يجب لها نفقة .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٥٤،٢٥٦ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

(٢) النشُوز ، والنشُوص : الارتفاع ، يقال : نَشَزَت المرأة ونَشَصَت ، ونَشَزَ الرجل ونَشَص ، إذا ارتفع على صاحبه وخرج عن حُسن المعاشرة ، ذكره الأزهري ، وهو مشتقٌ من النَّشَز بفتح الشين وإسكانها وهو المكان المرتفع من الأرض . انظر: تنبيه الطالب ص١٨٣ .

ابن المنذر[١] : وقاله الشعبيُّ وحمَّاد[٢] ومالك والأوزاعي[٣] والشافعي وأبو ثورٍ[٤] وأصحاب الرأي ، ولاأعلم أحداً خالف هذا إلا ابن عبد الحكم[٥] فإنه قال في امرأةٍ خرجت من بيت زوجها عاصية : لها النفقة ، والأول أصح[٦] .

وفي / كتاب ابن المواز : وإذا غلبت امرأةٌ زوجها فخرجت من منزله وأبت أن ترجع وأبى أن ينفق عليها حتى ترجع ، فأنفقت من عندها ، قال مالك لها اتباعه بذلك[٧] . [٨٧/أ]

---

(١) هو أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، إمامٌ ، حافظٌ ، علاّمةٌ ، فقيهٌ ، مجتهدٌ ، نزيل مكة ، روى عن الربيع بن سليمان ، ومحمد بن ميمون ، ومحمد بن إسماعيل الصائغ ، وخلق كثير ، له تآليف حسان منها : الإشراف في اختلاف العلماء ، وكتاب الإجماع ، والمبسوط ، وله تفسيرٌ كبيرٌ في بضعة عشر مجلداً ، توفي بمكة سنة ٣١٨هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٤٣٩/١١ ، شذرات الذهب ٢٨٠/٢ .

(٢) هو أبو إسماعيل حماد بن أبي سليمان ، مولى إبراهيم بن أبي موسى الأشعري ، فقيه الكوفة ، أصله من أصبهان ، روى عن أنس بن مالك وسعيد بن المسيب وغيرهما ، وتفقه بإبراهيم النخعي ، وهو أنبل أصحابه وأفقههم ، توفي سنة ١٢٠هـ .
انظر : الطبقات ٣٢٤/٦ ، سير أعلام النبلاء ٦٠/٦ ، شذرات الذهب ١٥٧/١ .

(٣) هو أبو عمرو عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي ، إمام أهل الشام في زمنه وفقيههم ، كان ثقةً مأموناً صدوقاً فاضلاً خيّراً ، كثير الحديث والعلم والفقه ، روى عن عطاء بن أبي رباح ، ومكحول ، وقتادة ، وخلقٍ كثيرٍ من التابعين ، توفي ببيروت سنة ١٥٧هـ .
انظر : الطبقات ٣٣٩/٧ ، سير أعلام النبلاء ٨٦/٧ ، الشذرات ٢٤١/١ .

(٤) "أبو ثور" ليست في ز .
وترجمته : هو أبو ثور إبراهيم بنخالد الكَلبي البغدادي مفتي العراق ، فقيهٌ ، إمامٌ ، حافظٌ ، مجتهدٌ ، تفقه وسمع من ابن عيينة ووكيع بن الجراح وعبيدة بن حميد وغيرهم ، له مصنفات كثيرة منها:كتاب اختلاف مالك والشافعي ، توفي ببغداد سنة ٢٤٠هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٧٦/١٠ ، شذرات الذهب ٩٢/٢ ، الأعلام ٣٧/١ .

(٥) في جميع النسخ "الحكم" ، والتصحيح من المعونة ، فقد قال القاضي عبد الوهاب : خلافاً لما يحكى عن ابن عبد الحكم . ٧٨٣/٢ .

(٦) تهذيب الطالب ل٢١/أ .
والذي صحح القول الأول أبو بكر بن عبد الرحمن وليس ابن المنذر كما يُتوهَّم .
انظر : المصدر نفسه ل٢١/أ .

(٧) النوادر والزيادات ل٢٧٥/أ .

ولسحنون في التي[1] تهرب من زوجها من القيروان إلى تونس ، أو تنشز عنه الأيام فتطلبه بالنفقة قال : إن نشزت ، لأنها تدعي أنه طلقها ، فلانفقة لها ، وإن قالت : إنما فعلت ذلك بُغْضَةً [له] [2] فلها النفقة كالعبد الآبق نفقته على سيده[3] .

وفي كتاب أبي بكر الوقّار[4] : فإذا احتجبت المرأة عن زوجها وطلبت منه النفقة فلانفقة لها ماحجبت نفسها عنه ، فإذا كانت معه في منزلٍ ومنعته من نفسها فعليه النفقة ، وعليه الاحتيال في الوصول إليها ، وإذا مرضت فعليه النفقة ، وليس عليه أن يجاوز مايلزمه لها في صحتها ، ليس عليه دواءٌ ، ولاأجر طبيبٍ ، ولاعلاجٌ إلا أن يتطوّع بذلك[5] .

قال عبد الوهاب : لايخلو حال المرأة من ثلاثة أوجه : أن يعدم منها الوطء من قِبَلِ الله تعالى من مرضٍ ونحوه ، أو من قِبَلِ الزوج من سفرٍ ، أو تَرْكٍ ، فلاتسقط النفقة في هذين الوجهين ، أمّامايكون من قِبَلِهَا من نشوزها ومنع الزوج من وطئها ، فلاتلزمه لها نفقة[6] .

[فصل ٤ ـــ فيما يلزم العبد والمكاتب والمكاتبة من النفقة]

ومن المدونة : قال مالك : ويباع على الرجل فيما يلزمه من نفقة امرأته عروضه وربعه[7] إن لم يكن له عين .

---

(١) من هنا إلى قوله "فله الرجعة" ص٢٨٩ ساقط من ز .

(٢) من النوادر .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢٧٥/أ ، تهذيب الطالب ل٢١/أ .

(٤) هو أبو بكر محمد بن أبي زكريا الوقّار ، إمامٌ، فقيهٌ، تفقه بأبيه وابن عبد الحكم وأصبغ ، ألّف كتاب السنة ، ورسالةً في السنة ، ومختصرين في الفقه ، الكبير منهما في سبعة عشر جزءاً ، توفي سنة ٢٦٩هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٩١/٢ ، الديباج ١٦٨/٢ ، شجرة النور ص٦٨ .

(٥)،(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٢١/أ .

(٧) الربع : محلة القوم ومنزلهم ، انظر : المصباح المنير ص٢١٦ .

قال مالك : ويلزم العبد نفقة امرأته حرةً كانت أو أمةً وإن كانت الأمة تبيت عند أهلها .

قال : ونفقة زوجة العبد في ماله إن كان له مال ، ولانفقة لها من كسبه وغلّته ، وذلك لسيده ، فإن لم يجد غيره فرّق بينهما إلا أن يتطوع السيد بالنفقة ، ولايباع العبد في نفقة زوجته .

قال مالك : ولايلزم العبد نفقة أولاده الأحرار ولاالعبيد .

قال عنه ابن وهب : وليس على العبد أن ينفق من ماله على من لايملك سيده ، وذلك الأمر عندنا .

ابن القاسم : ولاتجبر أم الولد على نفقة ولدها كالحرة ، وإذا كان زوج المكاتبة عبداً فحدث لها في كتابتها ولد فنفقتهم عليها ، لأنهم كأنهم عبيدها ، ونفقتها هي على زوجها .

وكذلك إن كان زوجها في كتابةٍ أخرى على حِدَة ، فحدث بينهما ولدٌ ، كانت نفقتهم عليها ، ونفقتها هي على الزوج ، فإن لم ينفق عليها فرق بينهما ، فإن كانت كتابة الأم والأولاد واحدةً فنفقتها ونفقة الولد على الأب ، حدثوا في الكتابة أو كاتَب عليهم ، وليس عَجْزُ[1] المكاتب عن نفقة ولده الصغار كعجزه عن الكتابة والجناية[2] .

فصل [٥ ـ في مقدار نفقة الزوجة]

قلت لابن القاسم : وإذا خاصمت المرأة زوجها في النفقة كم يُفرض لها ، أنفقة سنةٍ، أو نفقة شهرٍ بشهر؟

---

(١) "عجز" مكانها بياض في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٥٥-٢٥٨ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

قال : إنما ذلك على احتهاد الإمام في عُسْر الرجل ويُسْره ، وليس الناس في ذلك سواءً ، وينظر الإمام في ذلك أيضاً ، فيفرض لها على قدر حالها وحاله في عسره ويسره[١] .

قال الشيخ : قال سحنون : يجري عليها بقدر مايرى السلطان من جدته ، فمن الناس من يجري عليه يوماً بيومٍ ، ومنهم جُمعةً بجمعةٍ ، ومنهم شَهراً بشهر[٢] .

قال ابن المواز : وإذا لم يجد إلا قوت شهرٍ لم يفرق بينهما ، ويتلوَّم له إذا فرغ.

قال ابن حبيب : وإن لم يجد إلا الخبز وحده ومايواري به عورتها ولو بثوبٍ واحد ـ قال مالك : من غليظ الكَتَّان[٣] ـ لم يفرق بينهما ، كانت غنيةً أو فقيرةً ، فإن عجز عن هٰذين أو أحدهما فرّق بينهما بطلقة[٤] .

[فصل ٦ ــ فيما إذا عجز الزوج عن النفقة أو أيسر في حال العجز]

ومن المدونة : / قال ابن القاسم : فإن لم يقدر أن ينفق عليها فرق السلطان بينهما بعد التلوم ، ويختلف في التلوم فيمن يرجى له ومن لايرجى له . [٨٧/ب]

قال مالك : فإن أيسر الزوج في العدة ارتجع إن شاء ، وإن لم ييسر فلارجعة له ، ورجعته باطلة[٥] .

ابن المواز : عن ابن القاسم : وإذا وجد نفقة شهرٍ كان أملك بها في العدة ، وإن لم يجد إلا مثل نفقة العشرة الأيام ، أو خمسة عشر يوماً فلارجعة له ، لأن ذلك

---

(١) انظر : المدونة ٢٥٨/٢ .
(٢) النوادر والزيادات ل٢٧٣/ب .
(٣) الكَتَّان : بفتح الكاف وتشديد التاء ، نباتٌ تستخرج من أليافه خيوطٌ يصنع منها القُماش . معجم لغة الفقهاء ص٣٧٧ .
(٤) النوادر والزيادات ل٢٧٣/أ ، تهذيب الطالب ل٢١/أ .
(٥) انظر : المدونة ٢٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .

لاقدر له ، وهو يصير إلى ضرر ، وقاله أصبغ وابن حبيب ، وهذا إذا كان الفرض عليه شهراً شهرا ، فأما من كان الفرض عليه بالأيام لقلة ماله فإذا وجد الذي لو جاء به لم تطلق عليه فله الرجعة[١] .

[فصل ٧ ــ في اشتراط الزوجة حميلا بالنفقة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا كان الزوج حاضراً ففرض لها السلطان نفقة شهرٍ بشهرٍ فأرادت منه حميلاً فلايلزمه أن يعطيها بذلك حميلا ، ومن طلق وأراد سفراً فقالت له امرأته : أخاف حملاً فأقِم لي بالنفقة حميلاً لم يلزمه حميل[٢] إلا في حملٍ ظاهر ، فإن ظهر بها حملٌ بعد أن سافر اتبعته بما أنفقت إن كان في حال حملها موسرا[٣] .

ابن المواز : قال مالك : لايمنع من السفر ، ولاعليه وضع النفقة إن ادعت الحمل .

وقال أصبغ : إن تبين طول سفره ، وهي ممن يخاف عليها الحمل ، فليعطها حميلاً بالنفقة ، أو يوقف لها مالاً ، وإن لم يكن بها[٤] ماوصفت لك فلاشيء عليه ، ولايُمنع من السفر[٥] .

قال مالك : فإذا أنفق عليها[٦] بغير قضيةٍ وقد ادعت الحمل ثم بطل الحمل لم يرجع عليها إذا أنفق عليها بدعواها ، أو بقول القَوَابل[٧] ، وإن أنفق بقضيةٍ رجع عليها[٨] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٣/ب .
(٢) "حميل" ليست في ز .
(٣) انظر : المدونة ٢٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٠ .
(٤) "بها" ليست في ز .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٤/ب .
(٦) أي على المبتوتة .
(٧) القوابل : جمع قابلة وهي التي تتلقى الولد عند ولادته .
انظر : تنبيه الطالب ص١٤٠ .
(٨) تهذيب الطالب ل٦٦/أ .

ابن المواز : لأنه انكشف أن ماقُضي به غير حق .

وقال عبد الملك : إن أنفق بغير قضاءٍ فله أن يرجع ، ورواه عن مالك ، وإن أنفق بحكم لم يرجع عليها[١] بشيء .

ابن المواز : وأحب إلي أن يرجع في الوجهين إن تبين ذلك بإقرارٍ منهما أو بغير إقرار[٢] .

ومن المدونة : وإن أراد الزوج[٣] سفراً فطلبته امرأته بالنفقة ، فرض لها بقدر مايرى من إبعاده ومقامه فيدفعه إليها أو يقيم لها به كفيلاً يُجريه لها[٤] .

فصل [٨ ـــ في دعوى المرأة عدم الإنفاق عليها]

ومن أقام مع امرأته سنين بعد البناء بها وهو مليء ، فادعت أنه لم ينفق عليها فلها أخذه بها إن صدقها ، وإن أنكر فالقول قوله ويحلف[٥] .

قال ابن القاسم : وإذا قدم الغائب فقال : كنت أبعث إلى زوجتي بالنفقة وأُجريها عليها ، وكذبته فالقول قوله مع يمينه ، إلا أن تكون المرأة رفعت ذلك إلى السلطان ، واستعدت في غيبته ، فمن يومئذٍ تلزمه النفقة إن كان ملياً ، ولايقبل دعواه الإرسال بعد قيامها إلا أن يأتي بالمخرج[٦] .

قال مالك في كتاب محمد : وليس عليه أن يحلف أنه بعث بذلك إليها ، إنما يحلف أنها قبضت ذلك ووصل إليها ويبرأ[٧] .

قيل : وكيف يعلم وهو غائب عنها؟

قال : يكون قد دفعه إليها قبل خروجه ، أو جاء بذلك كتابها إليه ، أو قدم مِنْ عندها مَنْ يخبره[٨] .

---

(١) "عليها" ليست في ز .
(٢) المصدر نفسه ل٦٦/أ .
(٣) "الزوج" ليست في ز .
(٤)،(٥)،(٦) انظر : المدونة ٢٥٨/٢،٢٥٩ ، تهذيب المدونة ص٩٠،٩١ .
(٧) "ويبرأ" مكانها بياض في أ .
(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٥/أ .

قال الشيخ : وذكر لنا عن أبي بكر بن عبد الرحمن : إذا طُلِّق على الغائب لعدم النفقة ، ثم أتى فأثبت أنه ترك لها النفقة ، فإنها ترد إليه ، كان قد دخل بها أم لا ، وهي لمحمد .

قيل : فإن تزوجت ودخل بها الثاني؟

قال : ترد إليه أبدا .

وقد قال ابن المواز فيمن له زوجة تدعى عائشة ، فقال : عائشة طالقٌ ، وقال : أردت زوجةً لي غائبةً تسمى عائشة ، فطلقت الحاضرة ، إذ لم يُعلم صدقه ، ثم ظهر أنه صادقٌ فيما / زعمه أن المطلقة ترد إليه وإن[1] تزوجت ودخل بها الثاني فكذلك مسألتك[2] . [٨٨/أ]

قال الشيخ : وذكر عن الشيخ أبي الحسن أنه قال فيمن غاب عن زوجته ولامال له ينفق عليها منه : فقد قال بعض أصحابنا : أنها تطلق ، ولاأرى ذلك ، وليس هو كالحاضر ، لأن الحاضر قد استأصل الحكم حجته ، والغائب عسى أن تكون له حجة[3] .

وقال أبو محمد : لافرق عندي بين الحاضر والغائب ، وأرى أن يفرق بينهما إذا لم يكن له مالٌ ينفق[4] عليها منه ، وبالناس اليوم ضرورةٌ إلى ذلك[5] .

وذكر لنا عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه قال فيمن فُقِدَ عن زوجته قبل البناء ، وهي بكرٌ في حِجْرِ أبيها ، فطلب الأب الصداق والنفقة والكسوة وجميع لوازمها في مال الزوج ، فقال : له أن يأخذ جميع ذلك إذا كان يَسَّع ، هذا قول ابن القاسم ، ورواه أصحابه المصريون والأندلسيون ، عيسى وأصبغ[6] .

---

(١) في أ ، ب "فإن" .

(٢) أي وكذلك حكم من طلق عليه وهو غائب ثم أثبت النفقة فإن زوجته ترد إليه . انظر : تهذيب الطالب ل٢٠/ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٠/ب .

(٤) في ز "ماينفق"

(٥)،(٦) انظر : المصدر نفسه ل٢٠/ب .

وقال أصبغ : وإنما كان له الصداق كاملاً ، لأنه لو كان معها وامتنع من الدخول لزمه أن يدفع إليها جميعه ، فإذا امتنع منها ببعد الغيبة لزم ذلك في ماله ، وهذا لااختلاف فيه وإنما الخلاف في امرأة المفقود إذا رفعت أمرها إلى السلطان وأرادت الخروج من عصمته ، فضرب له أجل أربع سنين من بعد الكشف عنه فلم يُعْرَف له خبر ، فاعتدت منه عدة الوفاة ولزمها الإحداد ، فصار حكمها معه كحكم الميت ، فأوجبوا لها الصداق ، فإن قدم وقد تزوجت ودخل بها الثاني فقال مالك وابن القاسم وغيرهما : لاترد من الصداق شيئا .

وقيل : بل ترد نصف الصداق ، لأنه قد ثبت أنه طلاقٌ حقيقة[1] .

قال ابن دينار : يدفع إليها نصف الصداق ويوقف نصفه ، فإن حُكِمَ بموته رد إليها[2] ، ففي هذا الوجه اختلف ، وليس يدخل في هذا ماذكر عن[3] سحنون أنها إذا طلبت الزوجة مهرها عند دخوله بها ، فرأى أن تصبر عليه ، لأن ذلك عرف الناس ، لأن في مسألتنا قد أطال الغيبة وانقطع خبره .

فإذا لم يقدر[4] على إيقافه لبعد غيبته ، أو لجهالة موضعه صار حكمه حكم من لزمه الدخول فامتنع فلزمته النفقة والصداق ، وهذا القول في العُتبيَّة والموازيَّة ، ولم يذكر محمدٌ في هذه المسألة اختلافاً ، ولاالعُتْبِي[5] .

وفي السليمانية قال : لانفقة لها في ماله ، لأنه لم يدخل بها ولم يُدْعَ إليه لغيبته ، ولايجب لها عليه صداق إلا من بعد ضرب السلطان له الأجل أربع سنين ، ثم تعتد أربعة أشهرٍ وعشراً ، فعند ذلك يجب لها نصف الصداق ، وتتزوج إن أرادت النكاح ، وأما قبل ذلك فلا .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أنفقت المرأة على نفسها وزوجها حاضرٌ ، وقد ظهر بها حملٌ ، فلم تطلبه بذلك حتى وضعت حملها ، كان لها أن تتبعه بما

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٥١ .
(٢) قال عبد الحق : ولم يجعله كالموت ، لأنه لم يحكم بموته ، لأن ماله ينفق على من تلزمه نفقته . تهذيب الطالب ل٢٠/ب .
(٣) "عن" ليست في ز .
(٤) في أ ، ب "يكن" .
(٥) أي في العتبية . انظر : المصدر نفسه ل٢٠/ب .

أنفقت في الحمل ، وماأنفقت على نفسها في غيبته أو حضرته وهو مُعْدِمٌ فلاشيء لها عليه ، وإنما لها إن لم يقدر الزوج على النفقة أن ترضى بالمقام معه ، أو يفارقها ، فإذا أنفقت الزوجة على نفسها وعلى صغار ولدها وأبكار بناتها من مالها والزوج غائب ، فلها اتِّباعه بذلك إن كان في وقت نفقتها موسراً ، وتَضرب بما أنفقت على نفسها مع الغرماء / ولاتضرب معهم بما أنفقت على الولد[١] . [٨٨/ب]

قال الشيخ : وإنما فرق بين ماأنفقت على نفسها وبين ماأنفقت على ولدها لأن نفقتها عنده أوجب من نفقة الولد ، لأن نفقة الزوجة تُسْقِطُ الزكاة ، كانت بقضية أو بغير قضية ، فهي كالدين عليه لأجنبي ، ونفقة الولد لاتُسقط الزكاة ، لأنها لاتجب لهم حتى يبتغوها .

قال الشيخ : ويجب على قول أشهب الذي يرى أن نفقة الولد كالزوجة وتسقط بها الزكاة ، أن تضرب مع الغرماء بما أنفقت على نفسها وعلى ولدها[٢] .

قال ابن حبيب : وتضرب بما أنفقت على نفسها في الفلس والموت ، قاله مالك وابن القاسم[٣] .

وقال مالك أيضا : تضرب في الفلس لافي الموت .

قال مالك : وإنما تضرب بما أنفقت في غيبته من يوم ترفع ذلك إلى السلطان إلى يوم مات أو فلس ، وماكان قبل ذلك فلا ، لأنها من يوم يحكم لها بالنفقة لايقبل قول الزوج بعد ذلك أنه كان يبعث إليها بالنفقة ، لكنها تحلف أن ماذكر باطل ، وتبرأ من دعواه[٤] .

وكذلك قال مالك في كتاب ابن المواز : أنها إنما تحاصُّ بما أنفقت بعد أن رفعت إلى السلطان ، لاماأنفقت قبل ذلك[٥] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٥٨، ٢٦٠ .
(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٥/أ .
(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٧٤/ب ، ٢٧٥/أ .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٥٩ .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٥/أ .

ومن العتبية : قال سحنون في زوجة الغائب تنفق من مالها على نفسها : أنها تحاصُّ غرماءه بما أنفقت على نفسها في الدين المستحدث ، فأما في دينٍ قبل نفقتها فلاتحاص به[١] .

ابن حبيب : فإذا رفعت امرأة الغائب أمرها إلى الإمام في النفقة ، وله مالٌ حاضرٌ ، حلَّفها أنه ماترك لها نفقة ، ولابعث إليها نفقة ، ولاوضعتها عنه ثم فرض لها .

قال : والغائب أبداً من أهل النفقة حتى تُثبت بينةٌ أنه عديمٌ من يوم خرج ، أو أعدم في وقتٍ يذكره فتزول عنه في عدمه ، وإذا خرج مُعدِماً فالقول قوله أنه كذلك ـ يعني وعليها هي البينة بملائه ـ وإن خرج ملياً فعليه البينة أنه أُعدم ، فإن أشكل أمره يوم خرج فعليه البينة أنه معدمٌ في غيبته ، قاله ابن الماجشون في ذلك كله[٢] .

وقال ابن المواز عن ابن القاسم : إن قدم معسراً وقال : مازلت كذلك منذ غبت ، وأكذبته ، فهو مصدق مع يمينه حتى تقوم بينةٌ بخلافه .

ولو قدم موسراً وادعى مثل ذلك لم يصدق إلا ببينة[٣] .

وقال في العتبية عن ابن كِنَانَة[٤] وسحنون : إذا قدم وقال : كنت مُعدِماً في غيبتي ، فالقول قوله ، وعلى المرأة البينة[٥] .

---

(١) لأنه لم يكن موسراً حين أنفقت وعليه دينٌ يحيط بماله ، وإنما النفقة لها إذا كان موسراً .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٥٨/٥ .

(٢) النوادر والزيادات ل٢٧٤/أ،ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٧٤/ب .

(٤) هو أبو عمرو عثمان بن عيسى بن كنانة ، كان من فقهاء المدينة ، أخذ عن مالك ، توفي بمكة سنة ١٨٦هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢٩٢/١ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٤/ب .

ومن المدونة : قال : فإن أنفقت عليه في ذاته وهو حاضرٌ مليءٌ أو معدمٌ فلها اتباعه بذلك إلا أن يُرى أن ذلك بمعنى الصلة ، وكذلك[١] من أنفق على أجنبيٍّ مدةً فله اتباعه بما أنفق ، إلا أن يُرى أنه أراد بذلك معنى الصلة والضيافة فلاشيء له ، ومن قضي له بذلك لم يأخذ بما أنفق من السرف كالدجاج والخِراف ونحوه ، ولكن بنفقةٍ ليست بسَرف[٢] .

فصل [٩ ـــ في الرجوع على الصبي بما أنفق عليه]

ومن أنفق على صبيٍّ صغيرٍ لم يرجع عليه بشيءٍ إلا أن يكون للصبي مالٌ حين أنفق عليه ـ يريد والمنفق به عالم ـ فيرجع بما أنفق عليه في ماله ذلك ، فإن تلف ذلك المال وكبر الصبي فأفاد مالاً لم يرجع عليه بشيءٍ[٣] .

قال مالك : وإذاأنفق الوصي التركة على الطفل ثم طرأ دينٌ على أبيه يغترقها ولم يعلم به الوصي فلاشيء عليه ولاعلى الصبي وإن أيسر الصبي[٤] .

وقال المخزومي : يتبع الصبي بما أنفق عليه ، لأن صاحب الدين لم ينفقه على اليتيم فيرى أن ذلك منه حِسْبة[٥] . / [٨٩/أ]

فصل [١٠ ـــ في قدرة الرجل على نفقة امرأته دون ولده]

وإذا قوي الرجل على نفقة امرأته دون صغار ولده منها لم تطلق عليه ، إذ لاتلزمه النفقة على ولده إلا في يسره ، ويكون الولد من فقراء المسلمين[٦] .

---

(١) في أ ، ب زيادة "يعرف" .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٥٩ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

(٣)،(٤)،(٥)،(٦) انظر : المدونة ٢/٢٥٩،٢٦٠ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

فصل [١١ ـــ في محاصة الرجل بالدين على امرأته]

ومن له على امرأته دينٌ وهـي معسـرةٌ فلايحاصها بـه في نفقتهـا ، وعليـه أن ينفق عليها ، ويتبعها بدينه ، وإن كانت مليئةً فله محاصتها بدينه في نفقتها(١) .

فصل [١٢ ـــ في اختلاف الزوجين في قدر النفقة المفروضة]

وإذا فرض القاضي للزوجة ثم مات ، أو عُزِل ، فادعت امرأةٌ قدرًا ، وادعى الزوج دونه ، فالقول قوله إذا أشبه نفقة مثلها ، وإلا فقولها فيما يشبه ، فإن لم يأتيا بما يشبه ابتدأ لها الفرض(٢) .

فصل(٣) [١٣ ـــ في اختلافهما في ثوب أنه هديَّة أو نفقة مفروضة]

ومن دفع إلى زوجته ثوبًا فادعت أنها أخذته هدية ، وقـال الزوج : بـل في فرضك ، فالقول قوله إلا أن يكون الثوب لايفرض مثله لمثلها فالقول قولها(٤) .

فصل [١٤ ـــ في تلف النفقة بعد القبض ، وموت أحد الزوجين بعده ، وفرض النفقة على الغائب]

وإذا قبضت نفقة شهرٍ فتلفت قبل الشهر أو أَنْفَدَتْها ، أو تخرَّقـت الكسـوة ، أو سُرقت قبل مدتها ، فلاشيءَ لها على الزوج ، وكذلـك إن دفـع إليهـا نفقـة سنةٍ

---

(١)،(٢) انظر : المدونة ٢/٢٦٠،٢٦١ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

(٣) هذا الفصل ساقط من أ ، ب .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٦١ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

عنها أو عن ولدها فقد ضمنتها بالقبض ، وإن هلك الزوج أو هلكت الزوجة قبل المدة رجع الزوج بما بقي في المحاسبة[١] .

ومن كتاب القذف : قال مالك : فإذا دفع إليها نفقة سنة أو كسوتها بفريضة قاضٍ أو بغير فريضة ، ثم مات أحدهما بعد يوم أو يومين أو شهرٍ أو أشهرٍ فلترد بقية النفقة بقدر مابقي من السنة ، واستحسن في الكسوة ألا ترد إذا مات أحدهما بعد أشهر .

قال ابن القاسم : وأما بعد عشرة أيامٍ ونحوها فهذا قريب[٢] .

ووجه ماقال مالك[٣] إذا مضت الأشهر.

قال سحنون : ولايعتدل هذا ، يعطيها الكسوة تلبسها ثلاثة أشهرٍ لاتتبع بشيء .

ومن النكاح[٤] قال : ولايفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مالٌ يُعَدًّا فيه ، وتباع فيها عروضه ورَبعُه إن لم يكن له عين ، ولايؤخذ منها بما تأخذ كفيل ، ويبقى الزوج على حجته إذا قدم ، وهكذا يُصنع فيه إذا أقيم عليه بدين وهو غائب ، وإن كان للزوج ودائعُ وديونٌ فرض[٥] للزوجة نفقتها في ذلك ، ولها أن تقيم البينة على من جحد ذلك من غرمائه أن لزوجها عليهم دينا ، ويقضي عليهم بنفقتها ، وكذلك لمن قام عليه بدين ، وإذا لم يكن للزوج مالٌ يعدًّا فيه فأنفقت من عندها حتى قدم ، فإن كان في غيبته مليئاً رجعت عليه وإلا فلا[٦] .

قال ابن حبيب : وإذا خرج معدَماً فالقول قوله أنه كذلك بقي في غيبته ، وعليها البينة بملائه ، وإن خرج مليئاً أو أشكل أمره[٧] يوم خرج فعليه البينة أنه[٨]

---

(١) انظر : المدونة ٢٦١/٢ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

(٢) انظر : المدونة ٢٠٤/٦ .

(٣) أي في عدم رد الكسوة .

(٤) أي ومن كتاب النكاح .

(٥) في أ ، ب "فإن" .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٢٦١/٢، ٢٦٢ ؛ تهذيب المدونة ص٩١ .

(٧) في أ ، ب زيادة "من" .

(٨) في أ ، ب "ان" .

كان[١] معدماً في غيبته ، وقاله ابن الماجشون في ذلك كله[٢] [٣] .

فصل [١٥ ــ في نفقة المجوسية إن أسلم زوجها]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أسلم المجوسي فلانفقة لزوجته المجوسية ، إذ لاتؤخر إما أن تسلم وإلا فرّق بينهما[٤] .

فصل [١٦ ــ في التفريق بين الزوجين للعجز عن النفقة ومايضرب للزوج من الأجل]

قال مالك : كان من أدركت يقولون : إنه إذا لم ينفق الرجل على امرأته فرق بينهما[٥] .

قال ابن القاسم : وإذا لم يقدر الزوج على نفقة امرأته وهما حران أو عبدان أو أحدهما و لم ترض الزوجة بالمقام معه تلوّم له الإمام ، فإن قدر على نفقتها وإلا فرق بينهما .

قال مالك : والناس في هذا مختلفون ، منهم من يطمع له بقوة[٦] ومنهم من لايطمع له[٧] .

ابن وهب : وأمر عمر بن عبد العزيز أن يضرب للزوج في التلوُّم في النفقة أجل شهر أو شهرين ، وقاله سعيد بن المسيب ، قالا : فإن لم ينفق عليها إلى ذلك الأجل فرق بينهما .

---

(١) "كان" ليست في ز .
(٢) "في ذلك كله" ليست في أ ، ب .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٤/ب .
(٤) انظر : المدونة ٢٦٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٩١ .
(٥) انظر : المدونة ٢٦٣/٢ .
(٦) "بقوة" ليست في ز .
(٧) انظر : المصدر نفسه ٢٥٨/٢ .

قيل لابن المسيب : ياأبا محمد : أَسُنَّةٌ هٰذه؟ فأقبل بوجهه كالْمُغْضَب ، وقال : سُنَّة ، سُنَّة[1] ، نَعَمْ سُنَّة[2] .

قال عبد الوهاب : وقيل : يتلوّم له الإمام الأيام اليسيرة كالثلاثة / ونحوها ، [٨٩/ب] فإن أنفق وإلا طلقت عليه قال : وإنما قلنا : إنه يفرق بالإعسار خلافاً لأبي حنيفة[3] لقوله تعالى : ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[4] ، وفي إمساكه إياها بغير إنفاقٍ ضررٌ بها وتضييقٌ عليها .

وقوله تعالى : ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[5] ، وقوله عليه الصلاة والسلام : "تقول لك امرأتك : أنفق عليَّ أو طلقني"[6] ، ولأن النفقة في مقابلة الاستمتاع ، فلما كانت إذا أنشزت لانفقة لها لمنعها الاستمتاع كان لها إذا لم تجد النفقة مفارقته ، ولأنه لما كان لها مفارقته في الإيلاء والعِنَّة وضررهما أيسر من ضرر النفقة كان في عدم النفقة أولى[7] .

[فصل ١٧ ــ في إنفاق الزوج الفقير ، وإنفاق السيد على أم ولده ومدبره]

ومن المدونة : قال يحيى بن سعيد : وإذا افتقر الزوج ووجد مايقيمها به من الخبز والزيت وغليظ الثياب لم يفرق بينهما .

---

(١) "سنة ، سنة" ليست في ز .
(٢) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٦٢،٢٦٣ .
(٣) انظر : مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٢/٩٦ .
(٤) سورة الطلاق : آية ٦ .
(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .
(٦) سبق تخريجه ص٢٨٢ .
(٧) انظر : المعونة ٢/٧٨٥ .

قال ربيعة : وأما الشَّمْلَة[١] والعباءة[٢] فعسى أن لايؤمر بكسوتها .

ـ **قال الشيخ** : يريد ولايجزئه ، وليس عليه خادمٌ إلا في يُسره ويتعاونان على[٣] الخدمة في عُسره .

قال ابن القاسم : وليس على المرأة من خدمة بيتها شيءٌ[٤] .

قال ابن المواز : قال مالك : فإن علمت المرأة أنه فقيرٌ عند نكاحه إياها فلها عليه القيام بالنفقة ، إلا أن تعلم أنه من السُّؤَّال[٥] قبل نكاحه فلاحجة لها[٦] .

قال الشيخ : وروي لنا عن أبي بكر بن عبد الرحمن في الرجل لايجد ماينفق على أم ولده ، أو يغيب إلى بلدٍ ولايترك لها نفقة ، فقال : تعتق عليه ولاتزوج ، لأن تزويج السيد إياها مكروه ، فكيف يأمر الحاكم بفعلٍ مكروه[٧] .

وذكر عن أبي بكر بن اللَّبَّاد عن يحيى بن عمر أنه قال : إذا لم يكن في عملها مايكفيها في نفقتها فلتعتق عليه .

قال أبو بكر : وكذلك[٨] قال أشهب : تعتق عليه[٩] .

وقال بعض القرويين : تزوج عليه إن كان غائباً ، أو يزوجها هو إن كان حاضراً و عجز عن نفقتها ، لأنا نجد سبيلاً إلى النفقة بهذا فهو أولى من إخراجها عنه بالعتق .

---

(١) الشَّمْلَة : كساءٌ صغيرٌ يؤتزر به . المصباح المنير ص٣٢٣ .

(٢) العَبَاءة : بفتح العين كساءٌ عريضٌ يُلبس فوق الثياب . معجم لغة الفقهاء ص٣٠٣ .

(٣) في ز "في" .

(٤) انظر : المدونة ٢٦٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

(٥) السُّؤَّال جمع السائل ، قال في اللسان : والفقير يسمى سائلاً ، وجمع السائل الفقير سُؤَّال . انظره ، مادة (سَأَلَ) .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٣/ب .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل٢١/ب .

(٨) في أ ، ب "لذلك" .

(٩) انظر : المصدر نفسه ل٢١/ب .

قال : والمدبر إذا لم يكن في خدمته وإجارته كفاية نفقته ، و لم يجد السيد ماينفق عليه فإنه يعتق عليه[1] [2] .

وذكر أبو عمران عن الصَّيْرَفي[3] في سماع ابن القاسم : إذا أعسر الرجل لخدمة امرأته طلقت عليه .

---

(١) "عليه" ليست في أ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل٢١/ب .

(٣) هو أبو علي الحسين بن أيوب بن سليمان ، المعروف بالصيرفي ، كان من وجوه المالكية بمصر مُقدَّماً فيهم ، توفي سنة ٣٥٥هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢/٢٩٤ .

[الباب العشرون]
في العنين والمجنون والأجذم وتأجيلهم

[فصل ١ ـــ في الحكم إن كان الزوج عِنّيناً أو مجنونا]

وقضى عمر وابن مسعود رضي الله عنهما في الرجل يبني بامرأته فلايستطيع أن يمسها أن يضرب له أجل سنةٍ من يوم ترافعه ، فإذا مضت سنةٌ و لم يصبها اعتدت وكانت طلقةً بائنة[١] ، وقاله ابن المسيِّب [٢] وابن يَسَار[٣] [٤] .

قال عمر : وكذلك المجنون يُضرب له أجل سنةٍ يتداوى فيها ، فإن بَرِئَ وإلاَّ فرق بينهما[٥] .

قال مالك : والعنِّين الذي يؤجل هو المعترض عن امرأته ، وإن أصاب غيرها من حرةٍ أو أمةٍ يضرب له السلطان أجل سنةٍ من يوم ترافعه ، فإن لم يصبها في الأجل فإما رضيت بالمقام معه وإلا فرق بينهما بتطليقةٍ واعتدت ؛ لأن العدة حقٌ لله لأنه قد خلا بها ، ولو كان في ذلك[٦] ولدٌ لَلَحِق به إلا أن ينفيه بلعانٍ ولارجعة له لأنه قبل الدخول ، ولها الصداق لطول المدة .

قال مالك : وقال ناس : لها نصفه ، وإنما أرى لها نصفه إذا طلقها هو بقرب البناء[٧] .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب أجل العنين ٢٥٣/٦ رقم (١٠٧٢٠،١٠٧٢٢) .

(٢) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب أجل الذي لايمس امرأته ٤٥٧/٢ رقم (٧٤) .

(٣) هو سليمان بن يسار المدني ، مولى أم المؤمنين ميمونة بنت الحارث الهلالية ، عالم المدينة ومفتيها ، فقيهٌ ، إمامٌ ، ثقةٌ ،كثير الحديث ، روى عن زيد بن ثابت وأبي واقد الليثي وأبي هريرة وابن عمر وعائشة وميمونة وغيرهم ، توفي سنة ١٠٧هـ .
انظر : الطبقات ١٣٢/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٧٣/٥ ، شذرات الذهب ١٣٤/١ .

(٤) انظر : المدونة ٢٦٤/٢ .

(٥) أخرجه سعيد بن منصور ، باب ماجاء في العنين ٥٤/٢ رقم (٢٠١٩) .

(٦) "في ذلك" ليست في ز .

(٧) انظر: المدونة ٢٦٣/٢،٢٦٤ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

قال عبد الوهاب : وفي تكميل الصداق روايتان ، إحداهما : أنه يكمل ، والأخرى : أنه إن طال مقامه معها وتلذذه بها أكمل لها ، وإن كان بحدثان دخوله لزمه نصفه .

فوجه الإطلاق : فلأنها فعلت مايلزمها من التمكين ، فعجزه عن استيفاء حقه لايسقط ماوجب لها .

ووجه التفصيل : أنه دخل على / أنه يستمتع بلاوطء ، فلايجوز أن يكمل عليه الصداق من غير استيفائه ذلك ، وأما إن طالت إقامته وتلذذه فقد استمتع ، فأشبه السليم[1] إذاوطئ فيه بقرب البناء[2] . [٩٠/أ]

قال الشيخ : قال ابن الماجشون وغيره : وإنما الذي لايؤجل وتطلق عليه مكانه مثل المجبوب والعنين غير المعترض فلاصداق لها ؛ لأن الفراق من قِبَلِها ، وهذا إذا كان بقرب البناء .

وقال ابن حبيب : حال العنين والحصور والمعترض مختلف ، فالعنِّين : الذي[3] لاينتشر ، ذكره كالأصبع في جسده ، لاينقبض ولاينبسط ، والحصور: الذي يُخلق بغير ذكرٍ ، أو بذكر صغير كالزِّر[4] وشبهه ، لايمكنه به وطءٌ ، فهذان إن أقرّا بحالهما فطلبت الزوجة الفراق فرّق بينهما بطلقة ، وكذلك المجبوب ، ولاتأجيل فيهم ، وإنما يؤجل المعترض ، فيؤجل سنةً من يوم ترافعه إذا أقر بالاعتراض ، فإذا تمت السنة و لم ينطلق من اعتراضه وطلبت زوجته الفراق طلق عليه السلطان طلقةً بائنةً[5] .

قال عبد الوهاب : العنِّين الذي له ذكرٌ شديد الصغر لايمكن الجماع بمثله[6] والمعترض : هو الذي لايقدر على الوطء لعلةٍ به ، وهو بصفة من يمكنه الوطء[7] .

---

(١) في جميع النسخ "التسليم" .
(٢) انظر : المعونة ٧٧٩/٢ .
(٣) "الذي" ليست في ز .
(٤) الزِّر هو واحد أزرار القميص ، وهو أيضاً واحد الأزرار التي تشد بها الكُلَل والستور . انظر : اللسان ، مادة (زَرَرَ) .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٦/أ .
(٦) في ز "لايمكنه الجماع معه" .
(٧) انظر : المعونة ٧٧٥/٢ .

[فصل ٢ ــ في الأجل الذي يضرب للمعترض]

قال[١] : ويضرب للمعترض أجل سنةٍ للحر من يوم ترافعه ، وللعبد ستة أشهر ، وقيل : سنة ، فإن أصاب في الأجل وإلا طلق عليه السلطان[٢] ، وإنما قلنا : يضرب للمعترض الحر أجل سنة ، لإجماع الصحابة على ذلك ، روي عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وغيرهم[٣] ، ولامخالف لهم ، ولأن الاعتراض مرضٌ يرجى برؤه ، فضرب له السنة لرجاء علاج ، إذ قد يكون مرضاً يؤثِّر فيه الزمان ، والسنة تجمع الفصول الأربعة ، فلعله بالانتقال من زمانٍ إلى زمانٍ يزول عنه ، ولأنها قد جُعلت حداً في النكاح وغيره لاختبار أمورٍ منها : طول إقامة البكر عند الزوج ، وعُهْدة الرقيق في الأدواء[٤] ، وغير ذلك .

وأما العبد فوجه القول بأنه سنة[٥] : اعتباراً بالحر ، ولأن الغرض اختباره بتأثير الأزمنة في مرضه ، وذلك يستوي فيه الحر والعبد .

ووجه القول بأنه ستة أشهر : لقربه من الفراق كأجل الإيلاء .

وإنما قلنا : إن الأجل من يوم ترافعه بخلاف المولي نفس الإيلاء ، لأن المولي لاعذر له في أن يستأنف له الأجل ، لأنه قادرٌ على رفع الإيلاء ، فهو في تماديه عليه مضارٌ ، والمعترض لايقدر على رفع اعتراضه ، وهو معذورٌ بترك العلاج ، لأنه يقول: لم أعلم أنها ترافعني ، فكنت أقدِّم الاجتهاد في العلاج[٦] .

---

(١) أي عبد الوهاب .

(٢) "السلطان" ليست في ز .

(٣) أخرجها عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب أجل العنين ٢٥٣/٦،٢٥٤ رقم (١٠٧٢١،١٠٧٢٣،١٠٧٢٥) .

(٤) أي الأدواء الثلاثة وهي : الجنون والجذام والبرص كما تقدم بيانه ص٣٠ .

(٥) أي بأنه يؤجل سنة .

(٦) انظر : المعونة ٧٧٦/٢،٧٧٧ .

[فصل ٣ ـــ في تداعي الزوجين في الجماع]

قال[١] : ولايُحكم بالعنّة بدعواها إذا أنكر ، خلافاً لأحمد بن حنبل[٢] ، لأن الأصل[٣] السلامة ، والدعويان إذا تعارضتا وإحداهما ترفع العقد أو[٤] تُثبت خياراً فيه فالقول قول مدعي الصحة والاستقرارمنهما[٥] كدعوى عيبٍ بالمبيع ، وكذلك إذا قال : جامعتها في الأجل ، وأنكرت[٦] فالقول[٧] قوله مع يمينه إن كانت ثيباً ، خلافاً للأوزاعي ، لأنها مدّعيةٌ عليه استحقاق الفراق وهو منكر ،ولأن ذلك موكولٌ إلى أمانته ، إذ لايقدر على الإشهاد على وطئه ، كما أن القول قولها في تداعيهما المسيس .

وأما البكر ففيها روايتان :

إحداهما : أنها كالثيب ، والأخرى : أن ينظر إليها النساء فإن قلن : بها أثر إصابة ، فالقول قوله ، وإن قلن : إنها على النكاح ، صدّقت عليه ، وبهذا قال أبو حنيفة[٨] والشافعي[٩] ، فوجه أنها كالثيب : لأن إدعاء المعترض الوطء في الأجل موكولٌ إلى أمانته كالثيب ، ووجه الأخرى : أنه إذا وجدنا طريقاً يوصل إلى العلم بذلك يقيناً فهو / أولى من الرجوع إلى أمانته ومالايُعلم صدقه فيه[١٠] . [٩٠/ب]

---

(١) أي عبد الوهاب .

(٢) انظر : مختصر الخرقي من مسائل الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، تأليف أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقي ، تحقيق زهير الشاويش (بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٣هـ) ص٩٨ .

(٣) في أ ، ب زيادة "على" .

(٤) في ز "واو" بدل "أو" .

(٥) "منهما" ليست في ز .

(٦) "وأنكرت" ليست في أ .

(٧) في ز زيادة "قوله" .

(٨) انظر : مختصر الطحاوي ص١٨٣ ، تحفة الفقهاء ٢٢٦/٢ .

(٩) انظر : الأم ٦٥/٥ .

(١٠) انظر : المعونة ٧٧٧/٢،٧٧٨ .

ومن المدونة : وإذا قال المعترض في الأجل : جامعتها ، وأكذبته[١] ، فقد نزلت بالمدينة فتوقَّف فيها مالك ، وأفتى غيره بالمدينة أن تجعل الصُّفْرَةَ في قُبُلِهَا ، وقال ناسٌ : يجعل النساء معها .

قال ابن القاسم : إلا أني رأيت وجه قول مالك : أن يديَّن الزوج في ذلك ويحلف ، وسمعته منه غير مرة ، وهو رأيي ، فإن نكل حلفت المرأة وفرق بينهما ، فإن نكلت بقيت له زوجة[٢] .

فصل [٤ ـــ في الحكم إن حدث الاعتراض أو الجنون أو الجذام بعد النكاح]

قال مالك : ومن تزوج امرأةً فوطئها مرةً واحدةً في ذلك النكاح ، ثم اعترض عنها أو حدث له مايمنعه الوطء من علةٍ أو زَمَانةٍ[٣] فلاحجة لها[٤] .

وقد تقدم في كتاب النكاح الأول[٥] ذكر امرأة الخصي والمجبوب والعنين تَعلم به فتتركه ثم ترافعه قال : فلاكلام لامرأة الخصي والمجبوب ، قال : فأما امرأة العنين فلها أن ترافعه ويوجل سنة ، لأنها تقول : تركته لرجاء علاجٍ أو غيره ، إلا أن يتزوج بها وهي تعلم أنه لايأتي النساء رَأْساً فلاكلام لها .

قال في الثاني[٦] : ويجوز ضربُ وُلاةِ المياه وصاحب الشُّرَطَة الأجل للعنين والمفقود .

---

(١) "وأكذبته" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢٦٣/٢،٢٦٥ ، تهذيب المدونة ص٩١ .

(٣) الزَّمانة : بالتحريك من زَمِنَ ، هي المرض الذي يدوم زماناً طويلا . انظر : المصباح المنير ص٢٥٦ .

(٤) انظر : المدونة ٢٦٥/٢ .

(٥) انظر ص١٧١ .

(٦) أي في كتاب النكاح الثاني ، وهو في المدونة المطبوعة الرابع .

ومن تزوج امرأةً فوصل إليها مرةً ثم طلقها ثم نكحها ثانيةً فاعترض عنها فلها مرافعته وضرب الأجل[١] .

قال عبد الوهاب : ولو طلق عليه أولاً بالاعتراض ثم تزوجته بعد ذلك عالمةً بعيبه فلها أن ترافعه ، ويضرب له الأجل ثانية ، بخلاف الخصي والمجبوب ، لأن الاعتراض مرضٌ يرجى زواله ، فإذا تزوجته تقول : رجوت أن يكون قد زال مرضه عنه ، فلم يوجب ذلك رضاها به لامحالة[٢] .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا حدث بالزوج جنونٌ بعد النكاح عُزِلَ عنها وأُجِّل سنةً لعلاجه ، فإن صح وإلا فرق بينهما ، وقضى به عمر رضي الله عنه[٣] .

قال ربيعة : إن كان يؤذيها ولايعفيها من نفسه لم توقف عليه ، ولم تحبس عنده ، وإن كان يعفيها من نفسه[٤] ولايرهقها بسوء صحبته لم يجز طلاقه إياها .

قال مالك : والمجذوم البيّن جُذَامه يفرق بينه وبين امرأته إذا طلبت ذلك .

قيل لابن القاسم : فهل يضرب له أجل سنةٍ للعلاج مثل المجنون؟

فقال : إن كان ممن يرجى برؤه وقدر على العلاج فليضرب له الأجل[٥] .

ابن المواز : قال مالك : وإذا اختارت الزوجة فراق الزوج لما حدث به بعد العقد من جنونٍ أو جُذَامٍ فلاصداق لها إذا فرق بينهما قبل البناء[٦] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٦٥،٢٦٦ .
(٢) انظر : المعونة ٢/٧٧٩ .
(٣) سبق تخريجه ص٣٠٢ .
(٤) "من نفسه" ليست في أ ، ب .
(٥) انظر : المدونة ٢/٢٦٦ ، تهذيب المدونة ص٩١ .
(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٤/ب .

[الباب الحادي والعشرون]
في اختلاف الزوجين في متاع البيت

قال الله تعالى : ﴿خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ﴾[١] ، فالعرف أصلٌ يُقضى به .

قال مالك : وإذا اختلف الزوج والمرأة في متاع البيت وقد طلقها ، أو لم يطلقها أو ماتا أو مات[٢] أحدهما فاختلف الورثة ، فإن لم تقم بينةٌ قضي للمرأة بما يُعرف أنه للنساء .

ـ قال ابن حبيب : مع يمينها[٣] ـ .

مالك : ويقضى للرجل بما يُعرف أنه للرجال ، أو للرجال والنساء ، لأن البيت بيته[٤] .

ابن حبيب : مع يمينه .

وقال سحنون : بغير يمينٍ فيما يُعرف لأحدهما ، وماكان يُعرف لهما فهو للزوج مع يمينه .

مالك : فإن نكل حلفت المرأة وكان لها .

وقال المغيرة : ماكان يعرف بالرجل ويعرف بالمرأة فهو بينهما بعد أيمانهما ، وقاله ابن القاسم[٥] .

ومن المدونة : قال مالك : وماولي الرجل شراءه من متاع النساء وأقام بذلك / بينةً أخذه بيمينه أنه مااشتراه إلا لنفسه ، إلا أن يكون لها أو لورثتها بينةٌ أنه اشتراه لها . [٩١/أ]

قال مالك : وماكان في البيت من متاع الرجل فأقامت المرأة فيه بينةً أنها اشترته فهو لها ـ يريد مع يمينها أنها اشترته لنفسها ـ وورثتها في اليمين والبينة بمنزلتها

---

(١) سورة الأعراف : آية ١٩٩ .
(٢) "مات" ليست في ز .
(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٧٧/أ .
(٤) انظر : المدونة ٢/٢٦٦،٢٦٧ .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٧/ب .

إلا أنهم إنما يحلفون على علمهم أنهم لايعلمون أن الزوج اشترى هذا المتاع الذي يدعي من متاع النساء ، ولو كانت المرأة حيَّةً حلفت على البتات ، وورثة الرجل بهذه المنزلة .

قال : والمتاع الذي يعرف للنساء مثل : الطِّسْتِ[1] والتَّوْرِ[2] والمَنَارة[3] والبُسُط والقِبَابِ[4] والحِجَال[5] والوَسَائِد والمَرافِق[6] والأَسِرَّة والفُرُش .

قال ابن القاسم : وجميع الحلي لاشيء للرجل فيه إلا السيف والمِنْطَقَة[7] والخاتم - يريد الفضة - وللرجل جميع الرقيق ذُكراناً وإناثاً ، لأن الذكور مما يكون للرجال ، والإناث مما يكون للرجال والنساء ، فالرجل أولى بهن ، إلا أن يكون للمرأة فيهم حِيَازَةٌ تُعْرَف ، فيكونون لها .

قيل لابن القاسم : فالحيوان : الإبل والبقر والغنم والدواب؟

قال : هذا مما لم يتكلم الناس فيه ، لأن هذا ليس من متاع البيت ، وإنما هو لمن حازه ، وكذلك ماكان في المرعى أو ماكان في المرابط من خيلٍ أو بغالٍ أو حميرٍ

---

(١) الطِّسْت : بكسر فسكون لفظ معرب ، إناءٌ كبيرٌ مستديرٌ يوضع فيه الماء للغسل ونحوه . معجم لغة الفقهاء ص٢٩١ .

(٢) التَّور : بتاء منقوطة اثنتين : هو قدرٌ من نحاس يسخَّن فيه الماء وأكثر مايحبه أهل السفر . شرح غريب ألفاظ المدونة ص٦٣ .

(٣) المَنَارَة : هي الشمعة ذات السراج ، وقال ابن سيده : هي التي يوضع عليها السراج . انظر : اللسان ، مادة (نَوَر) .

(٤) القِبَاب : جمع قُبَّة ، وهي تطلق على البيت المدوَّر ، وهو معروفٌ عند التركمان والأكراد ويسمى الخَرْقَاهة . المصباح المنير ص١٢٢ .

(٥) الحِجَال : جمع حَجَلَة ، وهي ضربٌ من الستور تُجعل أمام الأسرَّة . شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٦ .

(٦) المَرَافِق : جمع مِرْفَق ، وهي المُتَّكأ والمَخَدَّة ، يقال : ترفَّق عليه وارتَفَق ، أي اتَّكأ . انظر : اللسان ، مادة (رَفَق) .

(٧) المِنْطَقَة : بكسر الميم وفتح الطاء واحدةُ المَنَاطِق ، قال الخليل في كتاب العين : المِنْطَق والمِنْطَقَة : ماشَدَدْتَ به وَسَطَك . تنبيه الطالب لفهم ابن الحاجب ص١٧٧ .

فهي لمن حازها ، ولاأبالي في هذا الاختلاف كانت رقبة الدار لهما أو لغيرهما ، وإن اختلفا في الدار بعينها كانت للرجل[١] .

قال في الواضحة : والخُصُّ[٢] كالدار[٣] .

ابن القاسم : وكذلك إن كان الزوجان عبدين أو أحدهما عبدٌ أو مكاتبٌ والآخر حرٌ ، أو كان الزوج مسلماً وهي كافرةٌ ، فاختلفا في متاع البيت وهما زوجان ، أو عند طلاقٍ أو خلعٍ أو لِعَانٍ أوفراقٍ بإيلاءٍ أو غيره ، فهما في ذلك كالحرين فيما وصفنا[٤] .

ومن المختصر عن مالك : ومانسجته هي من الصوف ، والصوف من عنده فهو بينهما ، لها بقدر قيمة العمل ، وله بقدر قيمة صوفه[٥] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٦٧،٢٦٨ ، تهذيب المدونة ص٩١-٩٢ .

(٢) الخُصّ : بضم الخاء ، بيتٌ يُعمل من الخشب والقصب ، سُمي به لما فيه من الخِصَاص : أي الفروج والثقوب ، جمعه أَخْصَاص وخُصُوص وَخِصَاص .

انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٩٦ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٨/أ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٦٨ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٨/أ .

[الباب الثاني والعشرون]
في القسم بين الزوجات

[فصل ١ ـــ في مشروعية القسم بين الزوجات وبيان المراد به]

قال الله تعالى : ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾[1] الآية .

قال عبد الوهاب : فيلزم الزوج العدل بين نسائه في القسم في الصحة والمرض بحسب الإمكان من غير ميلٍ ولاجَورٍ ، لقوله تعالى : ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[2] ، وقوله عليه الصلاة والسلام : "من كان له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشِقُّهُ مائلٌ"[3] [4] .

ومن المدونة : قال مالك : فالقسم بين الزوجات يومٌ بيومٍ لاأكثر ، ويعدل في المبيت .

قال ابن القاسم : ولم يبلغنا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولاعن أحدٍ من أصحابه أنه قسم إلا يوماً بيوم[5] ، وقد كان عمر بن عبد العزيز رُبَّما غاضب

---

(١) سورة النساء : آية ١٢٩ .

(٢) سورة النساء : آية ١٩ .

(٣) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في القسم بين النساء ٦٠١/٢ رقم (٢١٣٣) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في التسوية بين الضرائر ٤٤٧/٣ رقم (١١٤١) ، والنسائي ، كتاب عشرة النساء ، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض ٤٥/٧ رقم (٣٩٤٢) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب القسمة بين النساء ٦٣٣/١ رقم (١٩٦٩) ، وابن حبان ، كتاب النكاح ، باب القسم ٢٠٤/٦ رقم (٤١٩٤) ، وصححه ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢٠٣/٢ رقم (٢٧٥٩) وصححه ووافقه الذهبي .

(٤) المعونة ٨١٨/٢ .

(٥) كما أخرج مسلم عن أنس رضي الله عنه أنه قال : كان للنبي صلى الله عليه وسلم تسع نسوة فكان إذا قسم بينهن لاينتهي إلى المرأة الأولى إلا في تسع ، فكن يجتمعن كل ليلةٍ في بيت التي يأتيها . الحديث . =

بعض نسائه فيأتيها في يومها فينام في حجرتها ، فلو كان يجوز أن يقسم يومين يومين أو أكثر لأقام عند التي هو راضٍ عنها فإذا رضي عن الأخرى أوفاها أيامها[١] .

قال مالك : وإن نكح بكرًا أو ثيباً أقام عند البكر سبعًا وعند الثيب ثلاثاً .

قال ابن القاسم : وذلك حقٌّ لها دون نسائه ، ثم يأتنف القسم ، وليس ذلك بيد الزوج[٢] .

وذكر أشهب عن مالكٍ أن ذلك بيد الزوج[٣] . / [٩١/ب]

قال عبد الوهاب : فوجه القول بأنه حقٌّ لها عليه : ماروي أنه عليه الصلاة والسلام جعل للبكر سبعاً وللثيب ثلاثاً[٤] ، ولأن الغرض تأنيسُها وبَسْطُها وذهاب انقباضها ، وهذا حقٌّ لها .

ووجه القول بأنه حقٌّ له : أنه معنىً يعود إلى الالتذاذ ، فكان حقّاً له غير مُستحقٍّ عليه كعدد الوطء[٥] .

= كتاب الرضاع ، باب القسم بين الزوجات ، وبيان أن السنة أن تكون لكل واحدة ليلة مع يومها ١٠٨٤/٢ رقم (١٤٦٢) .

(١) في أ ، ب "إياها" ، وهو تحريف .

(٢) انظر : المدونة ٢٦٨/٢،٢٦٩ .

(٣) أي أن القسم حق له ، انظر : تهذيب المدونة ص٩٢ .
وسيأتي قريباً ذكر القولين لمالك رحمه الله .

(٤) كما في حديث أنس رضي الله عنه قال : "من السنة إذا تزوج الرجل البكر على الثيب أقام عندها سبعاً وقسم ، وإذا تزوج الثيب على البكر أقام عندها ثلاثاً ثم قسم" ، قال أبو قلابة : ولو شئت لقلت : إن أنساً رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم . أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب إذا تزوج الثيب على البكر ١٥٤/٦،١٥٥ ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب قدر ماتستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ١٠٨٤/٢ رقم (١٤٦١) ؛ وفي الباب حديث أم سلمة وسيأتي قريباً .

(٥) المعونة ٨١٨/٢ .

[فصل ٢ ـــ في الحكم إن تزوج امرأة وعنده غيرها]

ومن المدونة : روى سحنون وغيره أن النبي عليه الصلاة والسلام لما تزوج أم سلمة بنت أبي أمية أقام عندها ثلاثاً ، ثم أراد أن يدور فأخذت بثوبه ، فقال : "ماشئتِ ، إن شئتِ زدتكِ ثم قاصَصْتكِ بعد اليوم" ، ثم قال عليه الصلاة والسلام "ثلاثٌ للثيب وسبعٌ للبكر"[١] .

ابن وهب : عن رجالٍ من أهل العلم[٢] قالوا : هي السنة[٣] .

قال مالك في كتاب ابن المواز : ومن تزوج امرأةً وعنده امرأةٌ غيرها فليقِم عند البكر سبعًا وعند الثيب ثلاثاً .

قال مالك : وهو حقٌ لازمٌ لها وليس بيد الزوج ، وقال أيضا : ليس بلازم .

قال أصبغ : قال أشهب : هو حقٌ لها لايقضى لها به ، قال أصبغ : كالمتعة .

وقال محمد بن عبد الحكم : يقضى به .

ابن المواز : وليبدأ بالقسم بالتي أقام عندها بعد الثلاث أو السبع إن شاء ، وإن شاء بغيرها ، ويبدأ بغيرها أحب إلينا ، وقاله مالك في القادم بإحداهن من السفر .

وقال ابن حبيب : إنما يقيم عند البكر سبعاً وعند[٤] الثيب ثلاثاً إن كان له غيرها ، ثم هو في ذلك يتصرف في حوائجه ، وإلى المسجد وغيره ، وإن لم يكن عنده غيرها فليس عليه أن يقيم عندها بكراً كانت أو ثيباً .

ومن العتبية : ابن القاسم عن مالك : ولايتخلّف العروس عن الجمعة ، ولاعن حضور الصلوات في جماعة[٥] .

---

(١) أخرجه مسلم ، كتاب الرضاع ، باب قدر ماتستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ١٠٨٣/٢ رقم (١٤٦٠) .

(٢) كعطاء بن أبي رباح وزبان بن عبد العزيز .

(٣) المدونة ٢٦٩/٢ .

(٤) "وعند" ليست في ز .

(٥) النوادر والزيادات ل٢٧٦/أ .

قال سحنون : وقد قال بعض الناس : لايخرج ، وذلك حقٌّ لها بالسنة[١] .

قال بعض فقهائنا : لعله يريد لايخرج لصلاة الجماعة ، وأما الجمعة فلايدعها لأنها فرضٌ عليه ، فلايدعها في هذا القول[٢] .

[فصل ٣ ـــ في الحكم إن أراد السفر من عنده أكثر من زوجة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن سافر لحاجةٍ أو حجٍ أو غزوٍ سافر بأيتهن شاء بغير قُرْعَةٍ إذا كان على غير ضرورةٍ ولاميل ، فإن كانت القرعة ففي الغزو لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام فعله فيه[٣] ، فإذا قَدِم ابتدأ القسم[٤] .

وقال عبد الوهاب : إذا أراد سفرًا وفيهن من لايصلح للسفر وفيهن من يصلح له لِرِفْقِها به وامتثالها لأمره كان له السفر بها وعدوله عن الأخرى ، وإن تساوين أو تقاربن ، فإن كان سفر حجٍ أو غزوٍ أقرع بينهن فسافر بمن خرج لها السهم ثم لايلزمه قضاء من لم يسافر بها بعد رجوعه ، بل يستأنف القسم ، وفي سفر التجارة روايتان : إحداهما : القرعة ، والأخرى : الخيار له .

---

(١) يشير إلى الأحاديث السابقة التي دلت على هذا الحق .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٢٢/أ .

(٣) كما روت عائشة رضي الله عنها (أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا خرج أقرع بين نسائه) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفرا ١٥٤/٦ .
وأخرج البخاري أيضاً حديث الإفك وفي أوله : قالت عائشة رضي الله عنها : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد أن يخرج أقرع بين أزواجه فأيتهن خرج سهمها خرج بها رسول الله صلى الله عليه وسلم معه ، قالت عائشة : فأقرع بيننا في غزوة غزاها فخرج سهمي فخرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما نزل الحجاب .
كتاب تفسير القرآن ، سورة النور ، باب ﴿لَوْلَآ إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ ٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَـٰتُ بِأَنفُسِهِمْ خَيْرًا﴾ ، الآية ، ٥/٦ .

(٤) انظر : المدونة ٢٦٩/٢، ٢٧٠ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .

وإنما يُقْرِع لهن في الحج والغـزو ، لأن الرسـول عليـه الصـلاة والسـلام فعلـه فيهما[1] ، والقرعة إتباع .

ووجه التسوية في سائر الأسفار : اعتباراً بسفر الحج والغزو ، وتسـاويهما في الحاجة والرفق[2] .

قال الشيخ : ووجه التفرقة[3] : فلأن القرعة رخصةٌ فلا يُعَدَّا بها بابها .

[فصل ٤ ـــ في الحكم إن أقام عند واحدة دون الأخرى وبعض آداب الجماع والحكم إن عاد من سفره وغير ذلك]

ومن المدونة : قال مالك : ولو سافرت إحداهـن لحـجٍ أو لضَيْعَتِهَـا[4] وأقـام الزوج مع صاحبتها ، ثـم قدمـت فطلبـت أن يقسـم لهـا عـدد الأيـام الـتي أقـام مـع صاحبتها فلاشيئ لها .

وإن تعمد المقام عند واحدةٍ شـهراً جميعـاً لم يحاسـب بـه ، ونهـي عـن ذلـك وابتدأ العدل ، وإن عادَ نكِّل ، لأن مالكـاً قـال في العبـد المعتـق بعضـه يـأبق : إنـه لايقاص بما أبق فيه ، وإنما يستقبل الخدمة بينه وبين سيده / من يومئذ . [٩٢/أ]

---

(١) ففي الغزو فعله عليه الصلاة والسلام كما سبق تخريجه ، أما في الحج فلم يثبت أنه فعله فيه ، لأنه حج بنسائه كلهن ، قال ابن القيم : كان صلى الله عليـه وسـلم إذا أراد سـفراً أقـرع بـين نسائه فأيتهن خرج سهمها سافر بها معه ، ولما حج سافر بهن جميعاً .
زاد المعاد في هدى خير العباد ، تأليف أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعـي ، المعـروف بـابن قيم الجوزية ، تحقيق شعيب وعبد القادر الأرنؤوط (بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانيـة ١٤٠١هـ) ٤٦٢/١ .

(٢) انظر : المعونة ٨١٩/٢ .

(٣) أي بين سفر التجارة وسفر الحج والغزو .

(٤) الضَّيعَة : قال الأزهري : الضَّيعَة والضِّيَاع عند الحاضرة مال الرجل من النخل والكرم والأرض، والعرب لاتعرف الضيعة إلا الحرفة والصناعة . انظر : اللسان ، مادة (ضَيَعَ) .

قال ابن القاسم : وهذا كان أحرى أن يؤخذ منه تلك الأيام التي أبق فيها ، لأنه حقٌّ للسيد .

قيل له : فَلِمَ أسقط مالك[1] ذلك عن العبد؟

قال : قال مالك : هو إذاً عبدٌ كله[2] .

ومن كتاب محمد : قال مالك : ولابأس إذا أتى منزل امرأته فطردته وأغلقت الباب دونه أن يذهب إلى الأخرى ، وإن قدر أن يبيت في حجرتها أو في بيتها فليفعل .

قال : وليس له أن يجمع بينهما في بيتٍ إلا برضاهما ، ولايجوز أن يجمعهما على فراشٍ واحدٍ[3] وإن رضيا ، وكرهه في الإماء ، أو يتعرَّوا بغير ثيابٍ ، وكُرِهَ أن يطأ امرأته أو أمته ومعه في البيت مَنْ يسمعُ حِسَّه .

ابن حبيب : عن ابن الماجشون : لاينبغي أن يكون معه في البيت أحدٌ نائمٌ أو غير نائم ، صغيرٌ أو كبير ، وكان ابن عمر يُخرج الصبيَّ في المَهْد .

وكُرِه في بعض الأخبار أن تكون معه البهيمة .

وقال : وله في أمتيه أن ينام معهما في فراشٍ واحدٍ[3] ، ولكن لايطأ إحداهما والأخرى معه في بيتٍ[4] ، ولابأس أن يتوضأ أو يشرب من ماء إحدى زوجتيه في غير يومها ، ويأكل من طعام تبعثه إليه من غير تعمد ميلٍ ، ويقف ببابها ويسلِّم من غير أن يدخل عندها أو يجلس[5] .

قال مالك في كتاب محمد : ولايأتي الواحدة في يوم الأخرى إلا في[6] حاجةٍ أو عيادةٍ ، وله أن يجعل ثيابه عند إحداهما ما لم يُرِدْ ميلاً أو ضرراً .

---

(١) "مالك" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٧٠ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .

(٣) "واحد" ليست في ز .

(٤) في النوادر زيادة "ولاهي نائمة" .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٦/أ ، ب .

(٦) "في" ليست في ز .

مالك : ولاينبغي أن يقيم هو في بيتٍ له[١] وتأتيه فيه كل واحدةٍ، وليأتهن في بيوتهن كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم[٢] ، إلا أن يرضين بذلك .

قال محمد بن عبد الحكم : ويقضى عليه بذلك ، وأن يُسكن كل واحدةٍ في بيت[٣] .

قال ابن حبيب : وإذا رجع نهاراً من سفره فله أن يتعمد ببقية يومه أيتهما شاء ، وليس عليه أن ينزل عند التي خرج من عندها إلا أن يشاء ، ولايحسب ذلك[٤] ، ويأتنف القسم إذا أمسى ، وأحب إلي أن ينزل عند التي خرج من عندها ليوفّيها بقية يومها ، وماذلك عليه بواجب ، قاله مالكٌ وأصحابه .

وإذا كان لواحدةٍ شبابٌ أو غِنىً ، أو ذات شرفٍ فأراد إيثارها ، فأما في المبيت ومايصلح لكل واحدةٍ من نفقة مثلها بقدر حالها فليعدل ، ثم له أن يؤثر الأخرى بعد ذلك باليسير من غير ميل ، ويكسوها الخزَّ[٥] والحليّ ما لم يكن ميلاً .

وكذلك إن كانت واحدةٌ ألطف به من الأخرى[٦] في إتحافه بطرائف الطعام والطيب فيؤثرها ، فأرجو أن لابأس به ، والمساواة أحب إلينا[٧] .

وقيل : إن معاذ بن جبل كان له امرأتان فلم يكن يشرب الماء من عند واحدةٍ في يوم الأخرى ، وإنهما ماتتا معاً فأقرعَ بينهما أيهما تُدفَن أوَّلاً[٨] .

---

(١) "له" ليست في ز .

(٢) سبق تخريجه ص٣١١ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٧٧/ب .

(٤) "ذلك" ليست في أ .

(٥) الخز : لفظ معرَّب ، ضربٌ من الثياب ، قيل : إنه ثوبٌ نُسِج من الصوف والحرير ، أو من الحرير فقط .
انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٩٥ .

(٦) "من الأخرى" ليست في ز .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٦/ب ، ٢٧٧/أ .

(٨) أخرجه سعيد بن منصور ، باب جامع الطلاق ٢/٩٠ رقم (٢١٧٤) بلفظ : لم يتوضأ ، بدل : يشرب .

قال مالك في العتبية : له أن يكسو إحداهما الخز والحرير[1] والحلي دون الأخرى مالم يكن ميلاً[2] .

[فصل ٥ ــ في إسقاط المرأة حقها في المبيت وهل يسوي بينهن في الجماع ، وفي تركه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن كره زوجته وأراد فراقها فقالت له[3] : لاتفارقني واجعل أيامي كلها لصاحبتي ، أو للتي تتزوج علي ، فلابأس بذلك ولايقسم لها .

ابن القاسم : فإن رجعت عن هذا وطلبت القسم ، فذلك لها متى شاءت ، أو يخير الزوج ، فإما قسم لها أو فارق .

وقد قال الله تعالى : ﴿فَلَاجُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾[4] .

مالك : ولو شرط في عقد النكاح أن يؤثر عليها ، أو لامبيت لها ، فلاخير فيه ، وإنما يجوز هذا الشرط بعد العقد .

ابن القاسم : ويفسخ هذا النكاح قبل البناء ، ويثبت بعده ، ويبطل الشرط ، ويكون لها ليلتها .

وليس عليه المساواة في الجماع ولابالقلب ، ولاحرج عليه أن ينشط للجماع / في يوم هذه دون يوم الأخرى ، إلا أن يفعل ذلك لغرض أن يكف عن هذه لوجود لذته في الأخرى فلايحل له ذلك . [٩٢/ب]

ومن سرمد العبادة وترك الوطء لم ينه عن تبتله ، وقيل له : إما وطئت أو فارقت ، إن خاصمته .

---

(١) "والحرير" ليست في ز .

(٢) واستدل بقوله تعالى : ﴿فَلَاتَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ﴾ سورة النساء ، آية ١٢٩ .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣١٧/٤ ، النوادر والزيادات ل٢٧٧/أ .

(٣) "له" ليست في ز .

(٤) سورة النساء : آية ١٢٨ .

(٥) "يوم" ليست في ز .

وكذلك إن ترك الجماع لغير ضرورةٍ ولاعلةٍ إلا أن ترضى المرأة بالمقام على ذلك[١] .

فصل [٦ ــ في ذكر مالايمنع من القسم ، وقسم المريض والمجبوب والقسم بين الحرة والأمة]

وقَسْمُ الحر بين نسائه المسلمات والحرائر والإماء[٢] والكتابيات سواءٌ ، والقسم بين صغيرةٍ جومعت ، أو كبيرةٍ صحيحةٍ ، أو مجنونةٍ ، أو بإحداهن رتق ، أو داءٌ ، أو مرضٌ لاتُجامَع معه ، أو حيض سواء ، لكل واحدة منهن يومها وليلتها[٣] .

مالك : ويقسم المريض بين نسائه إن كان مرضاً يقدر أن يدور عليهن فيه ، فإن لم يقدر أقام عند أيتهن شاء لإفاقته مالم يكن حيفاً ، فإذا صحّ ابتدأ القسم ، وليس لأم الولد مع حرةٍ قَسْم ، وجائزٌ أن يقيم عند أم ولده ماشاء مالم يُضَار .

والمجبوب ومن لايقدر على الجماع يقسم بين نسائه بالعدل ، إذ له أن يتزوج[٤] .

قال مالك في النكاح الأول[٥] : فإن كان حرٌّ له أمةٌ وحرةٌ ساوى بينهما[٦] في القسم كسائر حقوق الزوجة[٧] .

ورأى ابن المسيب أن للحرة الثلثين وللأمة الثلث[٨] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٧٠،٢٧١ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .
(٢) "الحرائر والإماء" ليست في أ ، ب .
(٣)،(٤) انظر : المدونة ٢/٢٧١،٢٧٢ .
(٥) انظر كتاب النكاح الأول ص١٤٤ .
(٦) "بينهما" ليست في ز .
(٧) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٠٤ .
(٨) سبق تخريجه ص١٤٤ .

قال الشيخ : فوجه ذلك:لحرمة الحرة ، ولأن ديتها مثلا دية الأمة ، وعدتها في الموت مثلا عدتها ، وكذلك حدودها فكذلك في[1] القسم[2] .

تمَّ كتاب النكاح الثاني بحمدِ الله وحُسن عونه
والصلاة والسلام على محمدٍ وعلى آله وسلم تسليماً كثيراً[3]

---

(١) "في" ليست في ز .
(٢) أي لها منه مثلا ماللأمة .
(٣) في ز "تم النكاح الثاني والحمد لله كثيرا" .

[الكتاب الثالث]
كتاب النكاح الثالث

[الباب الأول]
فيمن تزوج امرأتين في عقدة[1]
أو أما وابنتها في عقدة أو عقدتين

[فصل ١ ــ فيمن نكح امرأتين في عقدةٍ واحدة]

قال ابن القاسم : ولابأس أن يتزوج الرجل امرأتين في عُقْدةٍ واحدةٍ إذا سمى لكل واحدةٍ صداقها ، فإن أجملهما في صداقٍ واحدٍ لم يعجبني ذلك ، وقد بلغني أن مالكاً كرهه ، لأنه لايُدرى ماصداق هذه من صداق هذه .

قيل : فإن طلق إحداهما أو مات عنها قبل البناء ، كم يكون صداقها؟ أيقسم المهر الذي سمى بينهما؟ أيقسم بينهما على قدر مهورهما؟

قال : نكاحهما غير جائز[2] .

قال أبو محمد وغيره : ولاشيء لهما قبل البناء عنده[3] .

وقال سحنون : هذا جائزٌ وإن لم يسمِّ لكل واحدةٍ صداقها ، وكذلك جمع الرجلين سلعتيهما في البيع .

قال ابن دينار : ويقسمان ماسمى لهما بقدر صداق مثل كل واحدة[4] .

قال الشيخ : وهذا أصوب ، وكذلك لو دخل بهما على هذا القول ، وعلى ظاهر قول ابن القاسم يكون لكل واحدةٍ صداق مثلها ويثبت النكاح .

وقد اختلف قوله في هذا في البيع فكذلك يجري في النكاح .

---

(١) "في عقدة" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٧٣ .

(٣)،(٤) انظر : النكت والفروق ل٦٨/ب .

قال الشيخ : ويحتمل على قياس قوله فيمن نكح[١] بدرهمين فطلق قبل البناء أن يكون لها نصف الدرهمين ، أن يكون لها في هذا القول نصف مايخصها من هذا المسمى لهما ، لأنه إذا كان يراعي قول مَنْ يُجزهُ بالدرهمين فمراعاته قول نفسه ، وقول غيره أولى[٢] .

فإن قيل : إن مايخصها من هذا المسمى مجهول ، فهو كالنكاح بالغرر ، والدرهمان لاغرر فيهما ، وهو لو أتم لها ثلاثة دراهم لثبت نكاحه؟

قيل له : على القول الذي يجيزه فلايراه غرراً ولايكون أسوأ حالاً من نكاح التفويض الذي يقضى فيه بصداق المثل ،وذلك لايُعلم إلا بعد النظر فيه ، فكذلك قسمة هذا المسمى على / مثل صداق كل واحدةٍ منهما . [٩٣/أ]

وأيضاً فهو وأصحابه لايجيزون نكاحها بدرهمين على حال ، وهو في أحد قوليه[٣] يجيز ابتداء النكاح في جميعها في صداقٍ واحدٍ ، وقاله غيره من أصحابه فمراعاة هذا القول أولى .

قال الشيخ : ويجوز أن يتزوج امرأتين إحداهما بصداقٍ مسمى والأخرى على تفويضٍ وذلك في عقدٍ واحد ، لأنهما صداقان يجوزان في الانفراد فكذلك يجوزان في الاجتماع .

وكذلك لو جمعهما جميعاً في عقدٍ واحدٍ على تفويضٍ فإنه جائزٌ[٤] ، وقاله أبو عمران[٥] .

---

(١) أي نكح امرأتين في عقد واحد فطلق إحداهما قبل البناء .

(٢) وهو قول ابن دينار أنه يقسم المسمى بقدر صداق مثل كل واحدة .

(٣) أي ابن القاسم .

(٤) إذ لاغرر فيه .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٣/ب .

[فصل ٢ ــ فيمن نكح حرة وأمة في عقدة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن نكح حرةً وأمةً في عُقدةٍ وسمى صداق كل واحدةٍ فقال مالك : يفسخ نكاح الأمة ويثبت نكاح الحرة ، ثم رجع فقال : إن علمت الحرة بالأمة فنكاحها ونكاح الأمة ثابت ، ولاخيار لها ، وإن لم تعلم خيِّرت بين أن تقيم أو تفارِق .

قال سحنون : وقد بينا هذا الأصل في الكتاب الأول[(١)] .

قال سحنون : إذا كان واجداً للطول فُسِخَا جميعاً ، وكذلك لو تزوج امرأةً في عدتها وأخرى في غير عدتها في عقدةٍ واحدة ، لفسد النكاحان جميعاً ، كصفقةٍ جمعت حلالاً وحراما[(٢)] .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : ليس ذلك كصفقةٍ جمعت حلالاً وحراماً لأن فسخ نكاح الأمة لم يتفق الناس عليه ، ومالك قد اختلف قوله فيه ، إذ قال بعض[(٣)] الناس : إن الآية منسوخة[(٤)] فلم يبلغ الأمر في ذلك إلى صفقةٍ جمعت حلالاً وحراماً[(٥)] .

---

(١) أي في كتاب النكاح الأول من المدونة . انظر : المدونة ٢/٢٠٤ .
وقد تقدم أيضاً في الباب الحادي والعشرين من كتاب النكاح الأول .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٧٣،٢٧٤ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .

(٣) "بعض" ليست في ز .

(٤) أي قوله تعالى : ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ . سورة النساء : آية ٢٥ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٣/ب .

[فصل ٣ ــ فيمن نكح أما وابنتها في عقدة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن نكح امرأةً وابنتها في عقدةٍ وسمى لكل واحدةٍ صداقها ، ثم تبين أن الأم لها زوجٌ فسخ نكاحاهما ، ولم يثبت نكاح الابنة لأن من قول مالكٍ أن كلَّ صفقةٍ جمعت حلالاً وحراماً فلايجوز ذلك عنده في البيوع ، قال مالك : وأشبه شيءٍ بالبيوع النكاح .

قال ابن القاسم : وكذلك إن لم يكن للأم زوجٌ ولم يدخل بواحدةٍ منهما فلابد من فسخه ، وليس له حبس إحداهما وفراق الأخرى ، ثم ينكح بعد ذلك من أحب منهما ، إن شاء الأم أو الابنة[1] .

وقيل : لايتزوج الأم للشبهة التي[2] في البنت .

قال مالك : وإن كان قد بنى بهما قبل الفسخ حرمتا عليه للأبد ، ولو بنى بواحدةٍ منهما فُسخا وخطب التي بنى بها بعد الاستبراء ، أُمّاً كانت أو بنتاً ، ولم يحل له نكاح الأخرى أبداً[3] .

[فصل ٤ ــ فيمن نكح أما وابنتها في عقدتين]

ومن المدونة : ومن تزوج امرأةً فلم يبن بها حتى تزوج ابنتها وهو لايعلم ، فدخل بالابنة ، فارقهما جميعاً .

قال مالك : ولاصداق للأم ، ويتزوج الابنة إن شاء بعد ثلاث حيض ، أو وضع حمل ، وتحرم عليه الأم أبدا ، لأنها صارت من أمهات نسائه ، وإن كان نكاح البنت حراماً فالحرمة تقع فيه كما يثبت فيه النسب والصداق ، ويرفع الحد .

---

(١) "إن شاء الأم أو الابنة" ليست في ز .

(٢) "التي" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢٧٤،٢٧٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .

وإن نكح الأم آخراً وهو لايعلم فبنى بالأم أو بهما ، فارقهما وحرمتا عليه للأبد ، لأن الأم قد دخل بها فصارت الربيبة[١] محرّمةً ، والأم هي من أمهات نسائه فلاتحلان له أبداً .

وروى ابن وهب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "أيُّما رجلٍ نكح امرأةً فدخل بها أو لم يدخل بها فلايحل له نكاح أمها أبداً ، وأيُّما رجلٍ نكح امرأةً فدخل بها فلايحل له نكاح ابنتها ، وإن لم يدخل بها فلينكحها"[٢] ، وقاله زيد بن ثابت ، قال : لأن الأم مبهمةٌ لاشرط فيها ، وإنما الشرط في الربائب[٣] ـ يريد : قول الله تعالى في آية التحريم بعد قوله : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ ثم قال في الآية : ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾[٤] .

قال ابن القاسم : / وإذا نكح الأم بعد البنت فدخل بالأم فسخنا النكاح [٩٣/ب] فلاصداق للابنة إن لم يبن بها وإن كانت الفرقة والتحريم من قِبَلِ الزوج ، لأنه لم

---

(١) الرَّبِيبة : هي بنت امرأة الرجل من غيره . انظر : تحفة الأريب ص١٣٢ .

(٢) أخرجه الترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها قبل أن يدخل بها هل يتزوج ابنتها أم لا ٤٢٥/٣ رقم (١١١٧) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في قول الله تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ ٢٥٩/٧ رقم (١٣٩١٠، ١٣٩١١) ، والحديث ضعيف فيه المثنّى بن الصّباح ، قال عنه ابن حجر : ضعيف اختلط بآخره ، التقريب ١٥٨/٢ رقم (٦٤٩١) .

وفيه أيضا عبد الله بن لهيعة ، قال عنه ابن حجر : خلط بعد احتراق كتبه ، ورواية ابن المبارك وابن وهب عنه أعدل من غيرهما . اهـ التقريب ٥٢٦/١ رقم (٣٥٧٤) .

قلت : وهذا ليس منها .

(٣) قال ذلك لما سئل رضي الله عنه عن رجلٍ تزوج امرأة ، ثم فارقها قبل أن يصيبها هل تحل له أمها؟ فقال : لا ، الأم مبهمة ليس فيها شرط ، وإنما الشرط في الربائب .

انظر : الموطأ ، كتاب النكاح ، باب مالايجوز من نكاح الرجل أم امرأته ٤٢١/٢ رقم (٢٢).

(٤) سورة النساء : آية ٢٣ .

فشرط الله تعالى في تحريم الربائب أن يكون مدخولاً بأمهاتهن .

يتعمده وصار نكاح الابنة لايقر على حال ، فلما فسخ قبل البناء لم يكن لها مهرٌ لانصف ولاغيره[١] .

قال مالك في ثمانية أبي زيد[٢] : إذا نكح الأم بعد البنت أو البنت بعد الأم فوطئ الثانية وحدها فسخ نكاحهما بغير طلاق ، وكان للأولى نصف الصداق .

وقال عبد الملك وغيره[٣] : ماكان من فسخ غالبٍ قبل البناء فلاصداق فيه[٤].

قال الشيخ : وحكي عن أبي عمران أنه قال : ولو تزوج الأم بعد البنت عامداً عالماً بتحريم ذلك ودخل بها كان عليه نصف صداق البنت ، لأنه كأنه قصد طلاقها ، وهذا على قوله : إن الزنا يحـرِّم الحلال ، وكذلك على قوله : إن الزنا لايحرِّم الحلال إذا فارق البنت تورُّعاً ، يكون أيضاً عليه نصف الصداق ، لأنه نكاحٌ يُقرُّ عليه ، وكذلك من زنى بختنته[٥] قبل الدخول بابنتها ففرِّق بينه وبين البنت بالغلبة ، يكون عليه نصف الصداق[٦] .

وأما على قول عبد الملك وغيره فلاصداق لها ، لأنه فسخٌ غالبٌ قبل البناء ، وقد نصَّ ابن المواز : أنه لايفسخ في الزنا بالجبر ، وقاله بعض شيوخنا القرويين : إنه

---

(١) انظر : المدونة ٢/٢٧٤-٢٧٧ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .

(٢) هو عبد الرحمن بن إبراهيم بن عيسى بن يحيى بن بريد ، مولى معاوية بن أبي سفيان ، غلبت عليه كنيته : أبو زيد ، وهو جد بني أبي زيد بقرطبة ، سمع من يحيى بن يحيى الليثي ، ورحل إلى المشرق فأدرك ابن كنانة وابن الماجشون ومطرف بن عبد الله ونظراءهم ، وله من سؤاله المدنيين ثمانية كتب ، تعرف بالثمانية ، مشهورة ـ وهي التي أشار إليها المؤلف ـ وكان عنده حديث كثير ، والأغلب عليه الفقه ، توفي سنة ٢٥٨هـ ، وقيل ٢٥٩هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢/١٤٨ ، الديباج ١/٤٦٩ .

(٣) المراد بالغير : المغيرة المخزومي وابن دينار .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل٢٤/أ .

(٥) ختنة الرجل : هي أم امرأته . انظر : اللسان ، مادة (ختن) .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٢٣/ب .

إنما يؤمر بذلك ولايجبر عليه ، فإذا تورَّع وفارق لزمه نصف الصداق على القولين جميعا[1] ، خلاف ماقاله أبو عمران .

قال الشيخ : واختلف فيمن مَرَّ بيده على فخذ ابنته وظنّ أنها زوجته قاصداً اللّذة ، أو وطئها بالليل غَلَطاً ، فقال جماعة من فقهاء القرويين وأئمتهم : إنها تحرم عليه زوجته ، وقال سحنون والليث وغيره : لاتحرم عليه[2] .

ومن المدونة : قال مالك : وإن لم يبن بالثانية ثبت على نكاح الأولى ، أُمّاً كانت أو ابنة ، دخل بها أم لا ، ويفسخ نكاح الثانية .

قال : وإن تزوج الأم ودخل بها ثم تزوج الابنة ودخل بها حرمتا عليه جميعاً، ومحمل الجدات في التحريم محمل الأمهات ، ومحمل بنات البنات وبنات الأبناء محمل البنات[3] .

فصل [٥ ـ فيما يكون سببا في تحريم المرأة على آباء الناكح وأبنائه]

ومن وطئ امرأةً أو قَبَّل أو باشر أو نظر للذّة بملكٍ أو نكاحٍ صحيحٍ أو فاسدٍ أو حرامٍ بشبهةٍ أو في عدةٍ فإنها تحرم على آبائه وأبنائه ، وتحرم عليه ابنتها بنكاحٍ أو ملك .

وإن تزوجها في عدةٍ فلم يبْن بها حتى تزوج أُمَّها أو أختها ، أقام على نكاح الثانية ، لأن نكاح المعتدة غير منعقد ، وهي تحل لآبائه وأبنائه ما لم يتلذّذ منها بشيء.

---

(١) أي القول بأن فراق المزني بها واجب أو مستحب .
انظر : المصدر نفسه ل٢٣/ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل٢٤/أ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٧٥،٢٧٦ ، تهذيب المدونة ص٩٢ .

وروى ابن وهب : إن النبي عليه الصلاة والسلام قال في الـذي يتزوج المـرأة فيَغْمزُها ولايزيد على ذلك : لايتزوج ابنتها[١] .

وقال ابن مسعود : إذا قَبَّلها أو جلس بين فخذيها فلايتزوج ابنتها[٢] [٣] .

---

(١) لم أعثر على هذا الحديث إلا في المدونة ،وهومن رواية ابن وهب عـن يحيى بـن أيـوب عـن ابـن جُريج يرفع الحديث إلى النبي صلى الله عليه وسـلم ... الحديـث . انظـر : المدونـة ٢٧٥/٢-٢٧٦ .

وهو ضعيفٌ لإرسال ابن جُريج ، وقد قال عنه الحافظ ابن حجر : كان يُدلِّـس ويُرسـل ، مـن السادسة . انظر : التقريب ٦١٧/١ رقم (٤٢٠٧) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب ﴿وَرَبَآئِبُكُمُ﴾ ٢٧٧/٦ رقم (١٠٨٢٧) .

(٣) انظر : المدونة ٢٧٥/٢،٢٧٦ .

[الباب الثاني]
في المحرمات من النساء، ومن وطئ امرأته أو ابنتها بزنا أو نكاح، ومانجب به الحرمة

[فصل ١ ـــ في المحرمات من النساء]

قال الله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾ فهؤلاء بالقرابة سبع ، وقال : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ﴾ إلى قوله : ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[1] وقال تعالى قبل ذلك : ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[2] وقوله تعالى : ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾[3] / لم يعنِ به دون أبناء الرضاع[4] ، لكن دون من يدّعي ابناً بالتبني[5][6] ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام [٩٤/أ]

---

(١) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٢ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٤) فإن زوجة الابن من الرضاع تحرم على أبيه منه ، لأنه يحرم من الرضاع مايحرم من النسب .

(٥) التبني : هو اتخاذ الولد ابناً وهو ليس له بابنٍ في الأصل .
انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٢١ .

(٦) لذا قال ابن العربي : الفائدة في قوله تعالى : ﴿مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ ليسقط ولد التبني ، ويذهب اعتراض الجاهل على رسول الله صلى الله عليه وسلم في نكاح زينب زوج زيد ، وقد كان يُدعى له فنهج الله سبحانه ذلك ببيانه .
أحكام القرآن ٣٧٩/١ .

قد كان تبنّى زيد بن حارثة[١] ، ثم تزوج زوجته زينب بنت جحش[٢] ، فأنزل الله تعالى فيهما[٣] ، وأمر أن يُدعوا لآبائهم[٤][٥] .

---

(١) هو زيد بن حارثة بن شراحيل الكعبي ، وهبته خديجة بنت خويلد لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوجها ، فتبناه رسول الله بمكة قبل النبوة ، فكان يدعى زيد بن محمد فلما جاء الإسلام نزل قوله تعالى : ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾ فدعي زيد بن حارثة ، شهد بدراً ومابعدها ، وقد زوّجه رسول الله زينب بنت جحش ، وقبلها زوّجه مولاته أم أيمن فولدت له أسامة ، قتل في غزوة مؤتة وهو أمير ، واستخلفه رسول الله في بعض أسفاره على المدينة .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٥٢٥/١ ، الإصابة ٥٤٥/١ .
وقد أخرج البخاري تبنّي رسول الله صلى الله عليه وسلم زيدا ، كتاب تفسير القرآن ، سورة الأحزاب ، باب ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ اللَّهِ﴾ ٢٢/٦ .

(٢) هي أم المؤمنين زينب بنت جحش بن رئاب الأسدية زوج النبي صلى الله عليه وسلم ، أمها أميمة بنت عبد المطلب عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، تزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة خمس من الهجرة ، وقيل سنة ثلاث ، وكانت قبله تحت زيد بن حارثة ، كانت صالحة صوّامة قوّامة ، وكانت صناع اليدين فكانت تدبغ وتخرز وتتصدق به في سبيل الله ، وهي أول نساء النبي صلى الله عليه وسلم لحوقاً به ، فتوفيت سنة عشرين في خلافة عمر ابن الخطاب .
انظر : الطبقات ٨٠/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٠٦/٤ ، الإصابة ٣٠٧/٤ .
وقد سبق تخريج زواج رسول الله صلى الله عليه وسلم منها ص١١٧ .

(٣) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِي أَنْعَمَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ أَمْسِكْ عَلَيْكَ زَوْجَكَ وَاتَّقِ اللَّهَ وَتُخْفِي فِي نَفْسِكَ مَا اللَّهُ مُبْدِيهِ وَتَخْشَى النَّاسَ وَاللَّهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشَاهُ فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا﴾ . سورة الأحزاب : آية ٣٧ .

(٤) يشير إلى قوله تعالى : ﴿ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾ . سورة الأحزاب : آية ٥ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٣/أ .

فحرَّم الله تعالى من النسب سبعًا ، ومن الصِّهر والرضاع سبعًا ، وحرَّم الرسول عليه الصلاة والسلام من ذلك بالرضاع مايحرم من النسب[١] ، فهؤلاء محرماتٌ على التأبيد ، إلا الجمع بين الأختين فإنما هو تحريمٌ في حالِ جَمْعِهما ، وحرَّم غير هؤلاء في حالٍ دون حالٍ، فمن ذلك نكاح الخامسة[٢] ، وحرَّم المحصنات من النساء ــ يقول ذوات الأزواج ــ إلا ماملكت أيمانكم[٣] ، يقول : بالسبي ولهن أزواجٌ بدار الحرب .

قال ابن حبيب : أو سُبين معهم[٤] .

وحرَّم نكاح المشركات حتى يؤمن[٥] ، فهن محرماتٌ بنكاحٍ أو ملكٍ، وحرَّم نكاح المعتدة حتى تنقضي عدتها[٦] ، والمبتوتة على الذي أبتَّها حتى تنكح زوجًا غيره[٧] .

---

(١) فقال عليه الصلاة والسلام : "يحرم من الرضاع مايحرم من النسب" .
أخرجه البخاري ، كتاب الشهادات ، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض والموت القديم ١٤٩/٣ ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ١٠٧٠/٢ رقم (١٤٤٥) .
وسيأتي تفصيل ذلك في كتاب الرضاع .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ . سورة النساء آية ٣ .

(٣) يشير إلى قوله تعالى بعد آية المحرمات : ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ كِتَٰبَ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ . سورة النساء : آية ٢٤ .

(٤) النوادر والزيادات ل٢٤٧/أ .

(٥) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢١ .

(٦) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَلَا تَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٥ .

(٧) يشير إلى قوله تعالى : ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٠ .

ونهي النبي عليه الصلاة والسلام عن نكاح المتعة[١] ، ونكاح المُحْرِم[٢] ، ونكاح المحلِّل[٣] ، ونكاح الشغار[٤][٥] . وقد مضى تفسير بعض ذلك[٦] ، ويأتي تفسير باقيه في مواضعه إن شاء الله تعالى .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً بنكاحٍ صحيحٍ ، أو في إجازته اختلاف حرمت بالعقد دون الوطء على آبائه وإن بعدوا وأبنائه وإن سفلوا بنسبٍ أو رضاع ، وحرمت عليه أمهاتها ، ولاتحرم عليه ابنتها بالعقد على الأم دون الوطء أو الالتذاذ .

وأما إن تزوج ذات محرمٍ أو رضاعٍ أو معتدةٍ لم تحرم بالعقد فقط على آبائه ولاأبنائه ، ولاتحرم عليه أمها[٧] .

---

(١) سبق تخريجه ص١٢٧ .

(٢) سبق تخريجه ص٩٠ .

(٣) فصح أنه صلى الله عليه وسلم قال : "لعن الله المُحلِّل والمُحلَّل له" .
أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في التحليل ٥٦٢/٢ رقم (٢٠٧٦،٢٠٧٧) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في المحلل والمحلل له ٤٢٨/٣ رقم (١١١٩،١١٢٠) وقال : حديث حسن صحيح ، والنسائي ، كتاب الطلاق ، باب إحلال المطلقة ثلاثا ومافيه من التغليظ ١٠٩/٦ رقم (٣٤١٦) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب المحلل والمحلل له ٦٢٢/١ رقم (١٩٣٤) ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢١٧/٢ رقم (٢٨٠٤،٢٨٠٥) وصححه ووافقه الذهبي ، وقال الحافظ ابن حجر : صححه ابن القطان وابن دقيق العيد على شرط البخاري .التلخيص الحبير ١٧٠/٣ .

(٤) سبق تخريجه ص٩ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٢/ب ، ٢٣/أ .

(٦) أي في كتاب النكاح الأول .

(٧) انظر : تهذيب المدونة ص٩٣ .

فصل [٢ ـــ فيمن وطئ أم امرأته أو ابنتها بزنا أو نكاح]

ومن المدونة : قال مالك : ومن زنى بأمّ زوجته أو بابنتها فليفارق زوجته ولايقيم عليها[١] .

وقال في الموطأ : لايُحرِّم الزنا حلالاً[٢] .

قال سحنون وأصحابه على مافي الموطأ : لااختلاف بينهم فيه[٣] ، وهو الأمر عندهم فيه ، وقاله عددٌ من الصحابة والتابعين[٤] .

قيل لابن القاسم : فإن تزوج أمَّ[٥] امرأته وهو يعلم أنها أمها أتحرم عليه زوجته؟ قال : قد أخبرتك أن مالكًا كره أن يقيم عليها بعد الزنا بأمها ، فنكاحه لأمها وزِنَاه بها في هذا سواء ، إلا أن يُعذَر بجهالةٍ في تزويجه ولايُحد ، ويُلحق به الولد ، ويكون هذا آكد في التحريم من الزنا للحوق النسب وزوال الحد[٦] . يريد وإذا لم يعذر بجهلٍ في نكاحه لزمه الحد وفارق زوجته على أحد قولي مالك ، وإذا عُذِر بالجهالة لم يحد ولزمه فراقها بلااختلاف من قول مالك .

---

(١) انظر : المدونة ٢٧٧/٢ .

(٢) انظر : الموطأ ، كتاب النكاح ، باب مالايجوز من نكاح الرجل أم امرأته ٤٢١/٢ .

(٣) أي في أن الزنا لاتقع به حرمة ، لكن قال ابن حبيب : ورجع مالك عما في الموطأ أن الزنا لاتقع به الحرمة إلى أن ذلك تقع به الحرمة . انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٨/أ .

(٤) وهم ابن عباس وابن عمر ومعاذ بن جبل وعروة بن الزبير وسعيد بن المسيب وابن شهاب الزهري .
انظر : سنن البيهقي ، كتاب النكاح ، باب الزنا لايحرم حلالا ٢٧٣/٧،٢٧٤ رقم (١٣٩٦٠، ١٣٩٦٢،١٣٩٦٣) .

(٥) "أم" ليست في ز .

(٦) انظر : المدونة ٢٧٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

[فصل ٣ ــ فيما تجب به الحرمة]

قال[1] : ومن زنى بامرأة أو تلذَّذ منها حراماً فلاأحب له أن يتزوج أمها ولاابنتها ، ولاأحب لابنه ولالأبيه أن يتزوجها أبداً ، وإن كانت في عصمة أحدهما فليفارقها ـ يريد على أحد قولي مالك ـ ولابأس أن يتزوجها هو نفسه بعد الاستبراء من مائه الفاسد[2] .

قال الشيخ : وقوله تعالى : ﴿ٱلزَّانِي لَايَنكِحُ إِلاَّ زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً﴾ إلى قوله ﴿وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ﴾[3] ، فالنكاح هاهنا الزنا ، أي لايزني بها إلا زانٍ أو مشرك ، وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما[4] ، وقال ابن المسيب : إنها منسوخةٌ بقوله تعالى : ﴿وَأَنكِحُوا ٱلْأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾[5] [6] .

قال ابن حبيب : ولايجوز نكاح الزانية المجاهرة وذات الخِدْن[7] ، ويستحب لمن تحته امرأة تزني أن يفارقها ، وإن بُلِيَ بحبِّها فليحبسها ، وروي ذلك عن النبي

---

(١) أي ابن القاسم .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٧٨ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٣) سورة النور : آية ٢ .

(٤) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب نكاح المحدثين وماجاء في قول الله عز وجل : ﴿ٱلزَّانِي لَايَنكِحُ إِلاَّ زَانِيَةً﴾ الآية ٧/٢٤٨ رقم (١٣٨٦٧) .

(٥) سورة النور : آية ٣٢ .

(٦) أخرجه البيهقي أيضاً ٧/٢٤٩ رقم (١٣٨٦٩) .

(٧) الخدن : هو الصديق في السر ، والجمع أخدان .
انظر : تحفة الأريب ص١١٤ ، المصباح المنير ص١٦٥ .

صلى الله عليه وسلم[١] ،وماعُلم من ذلك فعليه الاستبراء بثلاث حيض ، وفي مملوكته بحيضة[٢] .

وفي كتاب ابن المواز : قال ابن وهب عن مالك في المرأة المُعلِنة بالسوء : لاأرى للرجل أن يتزوجها ، ولست أراه حراماً[٣] [٤] .

---

(١) من رواية ابن عباس رضي الله عنهما قال : جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتي لاتمنع يد لامس ، قال غربها . قال : أخاف أن تتبعها نفسي ، قال : "فاستمتع بها" .
أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب النهي عن تزويج من لم يلد من النساء ٥٤١/٢،٥٤٢ رقم (٢٠٤٩) ، والنسائي ، كتاب النكاح ، باب تزويج الزانية ٥٠/٦ رقم (٣٢٢٩) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب مايستدل به على قصر الآية على مانزلت فيه أو نسخها ٢٥٠/٧ رقم (١٣٨٧١) .
وصحح إسناد هذا الحديث ابن حجر ، وأطلق عليه النووي الصحة . انظر التلخيص الحبير ٢٢٥/٣ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٧/ب .

(٣) في ز زيادة "إن تزوجها" .

(٤) المصدر نفسه ل٢٤٧/ب .

[الباب الثالث]
في وطء الأختين بنكاح أو ملك
والجمع بين النساء

[فصل ١ ـــ في الجمع بين الأختين بنكاح]

قال الله تعالى : ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[١] ، قال ابن حبيب : يقول : في الجاهلية ، يقول : فإنه مغفورٌ لكم ، وكانت مُضَرُ خاصة تحرِّم من ذلك ماحرم الإسلام إلا امرأة الأب ، والجمع بين الأختين أخذوه من ملة إبراهيم عليه السلام[٢] .

قال غيره : وأما الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها فمحرَّمٌ بدليل القرآن وبنصِّ السنة ، فدليل القرآن قوله تعالى : ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾[٣] ، والسنة : نهيه عليه الصلاة والسلام أن يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها[٤] ، ولاخلاف في ذلك[٥] .

قال ابن بُكَير[٦] : والمعنى الجامع بينهن[٧] أن كلَّ امرأتين من ذوات المحارم لو

---

(١) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٢) النوادر والزيادات ل٢٤٧/أ .
قال ابن العربي : نكاح الأختين كان شرعاً لمن قبلنا فنسخه الله عز وجل فينا . أحكام القرآن ٣٨٠/١ .

(٣) المراد أن هذه الآية دلّت على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها بطريق التنبيه ، فنصّ على تحريم الأختين ونبّه على تحريم ماسواهما .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب لاتنكح المرأة على عمتها ١٢٨/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح ١٠٢٨/٢ رقم (١٤٠٨) .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٧/أ .

(٦) هو أبو زكريا يحيى بن عبد الله بن بكير القرشي المخزومي مولاهم ، المصري ، إمامٌ ، محدثٌ ، فقيهٌ ، حافظٌ ، سمع من مالك موطأه مرات ، وسمع من الليث بن سعد ، وابن لهيعة ، والمغيرة المخزومي ، وعبد العزيز بن أبي سلمة ، وابن وهب وغيرهم . توفي سنة ٢٣٢هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٢٨/١ ، الديباج ٣٥٩/٢ ، سير أعلام النبلاء ٢٦٠/٩ .

(٧) أي بين المحرمات بسبب الجمع .

كان موضع إحداهما ذكَراً لم تحل له الأخرى لم يجز لجامعٍ أن يجمع بينهما ، وهذه علةٌ لاتنكسر ألبتة ، وإنما جاز الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها لانخرام ذلك وذلك أنا إذا جعلنا موضع الابنة ابناً لم تحل له زوجة أبيه ، وإذا جعلنا موضع الزوجة رجلاً لم يحرم عليه أن يتزوج ابنة رجلٍ أجنبي ، فلهذه العلة أجزنا الجمع بينهما ، وفي الأختين[1] لاينخرم ذلك من الجهتين[2] .

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج أختاً بعد أختٍ فلم يبن بهما أو بنى بإحداهما أو بهما فليثبت على الأولى ويفارق الأخرى فسخاً بغير طلاق ، وكذلك كل من يحرم الجمع بينهن ممن يجوز له نكاح إحداهما بعد صاحبتها ، وللمدخول بها المسمى أو المثل إن لم يسم[3] .

قال أشهب : فإن بنى بهما ثم مات ولم تعلم الأولى منهما ، وكلاهما تدعي أنها هي الأولى فلتحلفا ، ويكون لكل واحدةٍ صداقها المسمى ، والميراث بينهما نصفين[4] ، وعلى كل واحدةٍ عدة الوفاة مع الإحداد .

محمد : ومع ثلاث حيض[5] .

قال الشيخ : فإن حاضت في الأربعة الأشهر وعشرٍ أجزأها ذلك .

ابن حبيب : فإن لم يبن بهما فالميراث بينهما ، ولكلٍ واحدةٍ نصف صداقها وإن بنى بواحدة معروفةٍ فلها الصداق ونصف الميراث ، وللأخرى نصف الصداق ونصف الميراث .

وإن نكحهما في عُقدةٍ فلاميراث لهما ، ومن بنى بها فلها الصداق ولاصداق للأخرى[6]

---

(١) في التهذيب : "ذوات المحارم" ، وهو أعم .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٢٣/أ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٧٩، ٢٨٠ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٤) قال ابن المواز : لأن وطأه الأخرى هاهنا لايفسخ نكاح الأولى فقد مات وهي امرأته بكل حال . النوادر والزيادات ل٢٤٨/ب .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٢٤٨/ب ، تهذيب الطالب ل٢٤/ب .

(٦) قال مالك : وكذلك إن كانت واحدة عمة الأخرى أو خالتها .

قال أشهب في كتاب محمد فيمن نكح أختاً بعد أخت ولكل واحدةٍ شهودٌ ولم تُؤرِّخ البينة ولم تُعْرَف الأولى : فالزوج مصدَّق فيمن قال : إنها الأولى ، ويفارق الأخرى بغير صداقٍ ولاطلاق .

محمد : وهذا صواب ، وذكر عنه أنه قال : ولو قال في إحداهما : ماتزوجتها ، قبل قوله .

محمد : وهذا لايعجبني .

فإن لم يذكر الآخرة بعينها فُرِّق بينه وبينهما كالقائل : جَهِلْتُ الأولى[1] .

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج أخته من الرضاعة ففرق بينهما بعد البناء فلها المسمى[2] .

قال مالك : ومن نكح أختين في عقدةٍ ولم يَعلم هو ولاهما بذلك فلم يبن بهما أو بنى بإحداهما أو بهما ثم علم بذلك فليفارقهما ، وينكح أيتهما شاء بعد استبرائها إن مسها ، ولاخيار له في حبس إحداهما .

قال ابن القاسم : ومن وطئ أمةً بالملك ثم تزوج أختها لم يعجبني ذلك ، لأن مالكاً قال : لاينبغي للرجل أن ينكح إلا امرأةً يجوز له وطؤها إذا نكحها .

قال ابن القاسم : وهذه عندي لايستطيع إذا تزوجها أن يطأها ولايقبِّلها ولايباشرها حتى يحرِّم فرج أختها ، ولايجوز له أن ينكح إلا في الموضع الذي يجوز له الوطء فيه ، إلا أنه إذا نكحها لم أفرق بينها وبينه ، وأوقفته عنها حتى يحرم / [٩٥/أ] فرج أيتهما[3] شاء .

قال سحنون : وقد قال عبد الرحمن : إن النكاح لاينعقد ، وهو أحسن قوليه[4] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٤٩/أ ، تهذيب الطالب ل٢٤/ب .

(٢) في تهذيب المدونة زيادة "أو المثل إن لم يسم" .

(٣) في أ ، ب "ابنتها" ، وهو تصحيف .

(٤) انظر : المدونة ٢٧٩/٢ ،٢٨٠ .

وقال أشهب في كتاب الاستبراء : عقد النكاح تحريمٌ للأمة كان يطؤها أو لا[١] .

ابن المواز : وقاله ابن عبد الحكم ، قالا[٢] : لأنه لو لم يكن وطئ الأولى لم يكن مخيرًا في وطء من شاء ، كما لو اشتراهما ، وإنما له وطء المتزوجة ، ولو وطئ الأولى لم تحرم بذلك المتزوجة[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن باع أمةً وطئها ثم تزوج أختها فلم يطأها حتى اشترى المبيعة ، لم يطأ إلا الزوجة ، وليس عليه أن يحرِّم فرج جاريته ، والعقد هاهنا في الزوجة كالوطء في الملك[٤] .

[فصل ٢ ـــ في الجمع بين الأختين بملك اليمين]

قال عبد الوهاب : أما الجمع بين وطء الأختين بملك اليمين فعندنا أنه كالنكاح في المنع[٥] ، واختلف فيه الصدر الأول ، فذهب قومٌ إلى جواز الجمع بينهما بملك اليمين ، ودليلنا : قوله تعالى : ﴿وَأَنْ تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلاَّ مَاقَدْ سَلَفَ﴾[٦] فعَم ، لأن وطء المِلك أحد نوعي استباحة الفرج في الشرع[٧] ، فهو كالنكاح ، ولأن الذي له مُنِعَ ذلك في النكاح خيفة العداوة والتباغض وقطع الأرحام ، وذلك يستوي فيه النكاح والملك[٨] .

---

(١) أي أنه ينعقد . تهذيب المدونة ص٩٢ .

(٢) أي أشهب وابن عبد الحكم .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٩/ب .

(٤) أي في تحريم الأخت . انظر : المدونة ٢٨١/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٢٨١/٢ ، الرسالة ص٢٠٣ .

(٦) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٧) فالفرج لايستباح في الشرع إلا بأحد أمرين وهما : النكاح ، وملك اليمين ، لقوله تعالى : ﴿وَالَّذِيْنَ هُمْ لِفُرُوْجِهِمْ حَافِظُوْنَ . إِلاَّ عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُوْمِيْنَ . فَمَنِ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ ذَٰلِكَ فَأُوْلَٰئِكَ هُمُ الْعَادُوْنَ﴾ . سورة المؤمنون : آية ٥-٧ .

(٧) انظر : المعونة ٨٠٨/٢،٨٠٩ .

ومن المدونة : قال مالك : ومن اشترى أختين فوطئ إحداهما فلايطأ الأخرى حتى يحرم فرج التي وطئ ، فإن باع التي وطئ ، ثم وطئ الباقية ، ثم اشترى المبيعة تمادى على وطء الباقية .

قال ابن القاسم : ولو لم يطأ الباقية حتى اشترى المبيعة وطئ أيتهما شاء ، ولو أنه حين وطئ إحداهما وثب على الأخرى فوطئها قبل أن يحرّم عليه التي وطئ وقف عنهما[١] حتى يحرّم أيتهما شاء[٢] .

قال في كتاب الاستبراء : فإن حرّم فرج الثانية أقام على وطء الأولى ، وإن حرم فرج الأولى لم يطأ الثانية حتى يستبرئ لفساد وطئه ، وليحرّم فرج إحداهما ببيعٍ ، أو بنكاحٍ ، أو عتقٍ إلى أجلٍ ، أو بما تحرم عليه[٣] .

قال ابن المواز : فإن باعها فلايطأ الباقية حتى تخرج المبيعة من الاستبراء[٤] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن ظاهرمنها لم تحل له أختها ، إذ له الكفارة ، وكذلك إن باعها من عبده أو ابنه الصغير أو يتيمٍ في حجره ، إذ له الاعتصار والانتزاع والبيع من نفسه ، وكذلك إن زوجها تزويجًا لايقرّان عليه ، أو باعها من أجنبيٍّ بيعًا فاسدًا ، إلا أن تفوت في البيع الفاسد فتحل له أختها ، وإن باعها وبها عيوبٌ حلّت له أختها ، وهو بيعٌ حتى ترد ، وإن أُسرت أو أَبَقت إباق إياس حلت له أختها[٥] .

قال ابن حبيب : ولو أخدمها شهرًا وشبهه لم تحل له أختها ، وإن أخدمها سنين كثيرة أو حياة المخدم فذلك يحل[٦] له أختها ، قاله ابن الماجشون[٧] .

---

(١) "عنهما" ليست في أ ، ب .
(٢) انظر : المدونة ٢/٢٨١ .
(٣) انظر : المصدر نفسه ٣/١٣٨،١٣٩ .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٩/أ .
(٥) انظر : تهذيب المدونة ص١١١ .
(٦) في أ ، ب "فكذلك تحل" ، وهو تحريف .
(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٩/ب .

ومن كتاب[1] النكاح قال ابن القاسم : ومن اشترى أختاً بعد أختٍ فله أن يطأ الأولى أو الأخيرة ، وأما من تزوج امرأةً فلم يمسها حتى اشترى أختها فليقم على وطء الزوجة ،ولايطأ التي اشترى حتى يفارق زوجته ، فإن وطئ المشتراة كفَّ عن الزوجة حتى يحرم فرج الأمة ، ولايفسد هاهنا النكاح على حال الصحة عُقدة الزوجة[2] .

ابن المواز : قال أشهب : إذا وطئ المشتراة فلايكفُّ عن وطء زوجته ، بل يطؤها[3] ، لأن فرج أختها حرامٌ بالنكاح في هذه[4] .

ومن المدونة : ومن زوَّج أم ولده ثم اشترى أختها فوطئها ، ثم رجعت إليه أم الولد ، أقام على / وطء الأمة ، ولو ولدتٍ منه الأمة ثم زوجها وأختها ثم رجعتا إليه جميعًا وطئ أيتهما شاء ، إلا أن يطأ أولاهما رجوعاً ، وماوجب في أختي النسب وجب مثله في أختي الرضاع في هذا[5] ، وكثيرٌ من هذا في كتاب الاستبراء[6] . [٩٥/ب]

فصل [٣ ـــ في نكاح أخت مطلقته طلاقا بائنا في عدتها]

ومن طلق امرأته طلاقاً بائنًا فله تزويج أختها في عدتها ، وكذلك خامسةٍ في عدة رابعةٍ مبتوتة ، وإن طلقها طلقةً فادعى أنها أقرت بانقضاء العدة ، وذلك في أمدٍ تنقضي في مثله العدة فأكذبته فلايصدَّق في نكاح الخامسة ، أو الأخت ، أو قطع النفقة والسكنى ، لأن مالكاً قال : القول في العدة[7] قول المرأة ، فإن نكح

---

(١) "كتاب" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٨٢ .

(٣) وقال ابن القاسم : إنه يقف عنهما حتى يحرم إحداهما كما تقدم قريباً .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٩/ب .

(٥) انظر : المدونة ٢/٢٨٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٦) وسيأتي وهو الكتاب الثالث عشر .

(٧) في أ ، ب زيادة "في" .

الأخت أو الخامسة فسخ النكاح[١] الثاني إلا أن يأتي هو على قولها ببينةٍ أو بـأمرٍ يُعرف به إنقضاء العدة[٢] .

[فصل ٤ ـــ في الجمع بين النساء]

ولايجمع بين أختين من نسبٍ أو رضاع ، ولابين المرأة وبنات أخيها أو بنات أختها ، أو مع بنات بينهم الذكور والإناث من نسبٍ أو رضاع ، والأصل في ذلـك قوله تعالى : ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾[٣] ، ولأن المرأة خالة بنت أختهـا ، وعمـة بنت أخيها ، وقد روى ابن وهب عن علي بن أبـي طالب وأبـي هريـرة رضـي الله عنهما : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن جمع الرجل بين المرأة وعمّتهـا وبـين المرأة وخالتها[٤] .

قال ابن شهاب : ولابينها[٥] وبين[٦] من لأبيها أو لأمها[٧] من عمةٍ أو خالـةٍ في عصمة نكاحٍ ولافي[٨] وطءٍ بملكٍ أو بنكاح[٩] .

---

(١) "النكاح" ليست في ز .
(٢) انظر : المدونة ٢٨٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .
(٣) سورة النساء : آية ٢٣ .
(٤) انظر : المدونة ٢٨٤/٢ .
وقد سبق تخريجه ص٣٣٦ .
(٥) أي ولايجمع .
(٦) "بين" ليست في أ .
(٧) في ز "لأبيها وأمها" .
(٨) "في" ليست في ز .
(٩) انظر : المصدر نفسه ٢٨٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

قال الشيخ : لأنها تقع من عمة الأب بنت ابن أخيها ومن خالته بنت ابن أختها ، وحكم بنات[1] الإخوة وإن سفلوا في الجمع حكم الاخوة .

وقد جعل العلماء لذلك أصلاً وهو أن ينظر إلى المرأتين اللتين يريد الجمع بينهما أن لو كانت إحداهما رجلاً والأخرى امرأة ، فإن حرم تناكحهما فيحرم الجمع بينهما ، وإن حل تناكحهما حل الجمع بينهما[2] ، وهذا في النسب لافي الصهر[3] .

ومن المدونة : قال مالك : ويجمع بينهن في الرق ، فإن وطئ إحداهن لم يطأ الأخرى حتى يحرم فرج التي وطئ .

وقال يحيى بن سعيد : لاينكح الرجل بنت ابن امرأته ولابنت ابنتها من غيره ولاشيئاً من أولادهما وإن بعدن عنها[4] [5] .

قال الشيخ : لأن حكم بنت البنت وبنت الابن وإن سفلتا حكم البنت في التحريم ، فبنت ابن امرأة الرجل وبنت ابنتها كابنتها ، وبنتها ربيبة ، فكذلك أولئك لهن حكم الربائب ، وهذا بين .

قال ابن حبيب : ومن قول مالك : أنه لايجوز لأبيك نكاح ابنة زوجتك من غيرك ، كانت زوجتك حينئذ في عصمتك أم لا[6] .

قال ابن المواز : ويجوز أن ينكح مانكح أبو زوجتك أو ابنها من النسب .

---

(١) في أ ، ب "بنت" .
(٢) وقد تقدم ذكر هذا الأصل أول الباب من قول ابن بكير .
(٣) انظر : المعونة ٨٠٧/٢ .
(٤) "عنها" ليست في أ .
(٥) انظر : المدونة ٢٨٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .
(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٨/أ .

قال الشيخ : لأن أبا زوجتك ليس هو أبوك ، ولاابنها ابنك ، وليس كل من يحرم عليك نكاحه أن لو كان امرأةً يحرم عليك مانكح ، ألا ترى أن الأخ يحرم عليك نكاحه أن لو كان امرأةً ، لأنها أختٌ ، ولايحرم عليك مانكح من النساء فكذلك الربيب ،وإنما يقع التحريم فيما نكح الابن والأب خاصة .

ومن المدونة : قال عمر بن عبد العزيز : لايجمع بين المرأة وابنتها من ملك اليمين ، فقد نزل في القرآن النهي عنه[١] [٢] ، وإنما استحل ذلك من استحلّه لقول الله تعالى : ﴿إِلاَّ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُكُم﴾[٣] ، وسئل عنه عثمان رضي الله عنه فقال : لايحل ذلك ، ونهى عنه علي بن أبي طالب وعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنهما وقالا : إنما أحل الله لك ماسمى لك سوى هؤلاء مما ملكت أيمانكم .

ابن القاسم : ومن وطئ أمةً له أو لولده فلم تحمل وامرأته أم لها / حرمت [٩٦/أ] عليه امرأته ، لأنه ممن لاحد عليه فيها ، وهذا لااختلاف فيه ، والتي لاحد عليه فيها أشد في التحريم ممن عليه الحد .

فإن حملت منه الأمة عتقت عليه ـ يريد إن بنى بالأم ـ وعليه قيمتها للابن ، وكذلك من ملك من ذوات المحارم فوطئها فحملت منه ، فإنه لاحد عليه وتعتق عليه ، إذ حرم عليه ماكان له فيها من المتعة ، وليس له أن يبقيها في الخدمة[٤] .

ومن مختصر المدونة لأبي محمد[٥] : قال ربيعة ويحيى بن سعيد : ولابأس أن يجمع بين ابنتي العم أو الخال ، وليس أبوهما واحداً .

قال مالك : ماأعلمه حراماً ، وغيره أحسن منه .

وقال يحيى بن سعيد : إنما كره لعلة التقاطع بينهما .

---

(١) "عنه" ليست في أ ، ب .

(٢) قال أبو الوليد الباجي : يريد والله أعلم قوله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ الآية وفيها : ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمْ﴾ سورة النساء : آية ٢٣ ، وهذا على أن يحمل النساء على مقتضى اللغة دون عُرْفها ، وكذلك الربائب ، فيكون التحريم عاماً في الوطء بالنكاح وبملك اليمين . المنتقى ٣/٣٢٥ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٨٥ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٥) في ز "ومن مختصر أبي محمد" وهو في النوادر والزيادات له ، وقد وثقته منه .

قال ربيعة ومالك : ويجمع بين المرأتين بينهما نسبٌ يحل لإحداهما أن لو كانت رجلاً نكاح الأخرى ،ولايجوز إن لم يحل أن يتناكحا ، وأما من قبل الصهر فذلك جائزٌ ، حل لأحدهما أن لو كانت رجلاً تزويج الأخرى أم لا .

قال مالك : ولابأس أن يجمع بين المرأة وربيبتها[١] ، وقد جمع عبد الله بن جعفر[٢] بين امرأة علي وبين ابنته من غيرها[٣] [٤] .

---

(١) قال ابن المواز : يريد ـ أي مالك ـ إذ ليس بينهما نسب .
النوادر والزيادات ل٢٥٠/أ .

(٢) هو أبو جعفر عبد الله بن جعفر بن أبي طالب القرشي الهاشمي ، ولدته أمه أسماء بنت عميس بأرض الحبشة ، وقدم المدينة مع أبيه ، له صحبةٌ وروايةٌ ، عِدَادُه في صغار الصحابة ، استشهد أبوه يوم مُؤتة فكفله النبي صلى الله عليه وسلم ونشأ في حجره ، كان كبير الشأن ، اشتهر بالكرم والجود وله في ذلك أخبارٌ كثيرةٌ شهيرةٌ ، توفي بالمدينة سنة ٨٠هـ .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٢٦٦/٢ ، سير أعلام النبلاء ٥٢٥/٤ ، الإصابة ٢٨٠/٢ .

(٣) أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب مايحل من النساء ومايحرم ١٢٦/٦ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٠/أ .

[الباب الرابع]
مايحصن الزوجين ، ويحل المبتوتة وحكم الردة في ذلك

[فصل ١ ــ في معاني الإحصان]

وفرض الرسول عليه الصلاة والسلام الحكم بالرجم فيمن أُحصن بنكاحٍ من الأحرار البالغين[١] ، وقضى به هو[٢] والخلفاء بعده[٣] .

وحرّم الله تعالى في كتابه المبتوتة بالثلاث على التي أبتّها حتى تنكح زوجاً غيره[٤] ، وأبان ذلك الرسول عليه الصلاة والسلام[٥] بقوله : "حتى تذوق

---

(١) وقد دل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : "خذوا عني ، خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلاً البكر بالبكر جلد مئةٍ ونَفْيُ سنةٍ ، والثيب بالثيب جلد مئةٍ والرجم" .
أخرجه مسلم ، كتاب الحدود ، باب حد الزنا ١٣١٦/٣ رقم (١٦٩٠) .

(٢) كرجمه لماعز بن مالك رضي الله عنه ، أخرجه البخاري ، كتاب المحاربين ، باب لايرجم المجنون والمجنونة ٢٢/٨ ، ومسلم ، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنا ١٣١٨/٣ رقم (١٦٩١) .

(٣) قضاء أبي بكر وعمر أخرجه البيهقي ، كتاب الحدود ، باب مايستدل به على أن جلد المئة ثابت على البكرين الحرين ومنسوخ عن الثيبين ، وأن الرجم ثابت على الثيبين الحرين ٣٧٠/٨ رقم (١٦٩٢٢) .
وقضاء عثمان أخرجه البيهقي أيضاً ، كتاب الحدود ، باب من أجاز ألا يحضر الإمام المرجومين ولاالشهود ٣٨٣/٨ رقم (١٦٩٦٠،١٦٩٦١) .
وقضاء علي أخرجه البخاري ، كتاب المحاربين ٢١/٨ .

(٤) يشير إلى قوله تعالى : ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٠ .

(٥) أي أبان المراد بالنكاح في الآية .

العُسَيْلَة"[(١)] [(٢)] .

والإحصان على وجوه: إحصان حرية، وإحصان نكاح[(٣)] ، وإحصان عفاف، وإحصان إسلام.

فإحصان الحرية قوله تعالى : ﴿وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَاتِ وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا ٱلْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾[(٤)] ، وقوله تعالى : ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَاتِ ٱلْمُؤْمِنَاتِ﴾[(٥)] ، وقوله تعالى : ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَاتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾[(٦)] أي الحرائر .

وإحصان التزويج قوله تعالى : ﴿وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلاَّ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[(٧)] يعني بالسبي ولها زوج ، وقوله : ﴿مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ﴾[(٨)] .

وإحصان العفاف قوله تعالى : ﴿وَٱلَّتِيٓ أَحْصَنَتْ فَرْجَهَا﴾[(٩)] ، ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾[(١٠)] .

---

(١) قال ابن الجوزي في بيان معنى العسيلة : شبّه لذّة الجماع بالعسل ، فأنّث العسيلة لأنه شبّهها بقطعةٍ من العسل ، والعرب تُؤنث العسل وتُذكّره . غريب الحديث ٩٦/٢ .

(٢) وقد قال ذلك لامرأة رِفَاعة القُرظي لما طلقها ثلاثاً وتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي ، فجاءت تذكر أن ما معه مثل هدبة الثوب ، فقال عليه الصلاة والسلام : "لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ ، لا ، حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته" . أخرجه البخاري كتاب الطلاق ، باب من أجاز طلاق الثلاث ١٦٥/٦ ، ومسلم ، كتاب النكاح ، باب لاتحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها ١٠٥٥/٢، ١٠٥٦ رقم (١٤٣٣) .

(٣) "إحصان نكاح" ليست في أ ، و"نكاح" ليست في ب .

(٤) سورة المائدة : آية ٥ .

(٥)،(٦) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٧) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٨) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٩) سورة الأنبياء : آية ٩١ .

(١٠) سورة النور : آية ٤ .

وإحصان الإسلام قوله تعالى : ﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ﴾[1] أي أسلمن ، وقاله ابن مسعود وغيره[2] .

قال الشيخ : وحكي عن أبي عمران في قوله تعالى : ﴿فَإِذَا أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ﴾ أنه قال : من قرأ (أُحْصِنَّ) بضم[3] الهمزة فتأويله : تزوجن[4] ، وهو إحصان النكاح ، فيكون حد الأمة المتزوجة على هذه القراءة بنصّ القرآن ، وحد غير المتزوجة بالحديث الذي رواه أبو هريرة وزيد بن خالد[5] رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم[6] .

ومن قرأ (أَحْصَنَّ) بفتح الهمزة فيحتمل تأويله أن يكون : أسلمن ، فتكون المتزوجة ، وغير المتزوجة على هذا التأويل[7] داخلة في الآية .

قال الشيخ : وإحصان النكاح[8] يجب بخمسة أوجه : بالإسلام والحرية والبلوغ والعقل والنكاح الصحيح ، واختُلف في وجهٍ سادسٍ وهو الوطء الفاسد ، فقيل : لايحصّن ، وقيل : يحصّن[9] .

---

(١) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٢) كالشعبي والزهري ، انظر : أحكام القرآن ٤٠٤/١ .

(٣) "بضم" ليست في أ ، ب .

(٤) وهو قول ابن عباس وسعيد بن جبير . انظر : المصدر نفسه ٤٠٤/١ .

(٥) هو زيد بن خالد الجهني ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن عثمان وأبي طلحة وعائشة وغيرهم ، شهد الحديبية ، وكان معه لواء جهينة يوم الفتح ، حديثه في الصحيحين وغيرهما ، توفي بالمدينة سنة ٧٨هـ ، وقيل ٦٨هـ ، وقيل مات قبل ذلك في خلافة معاوية .
انظر : الطبقات ٢٥٦/٤ ، الاستيعاب مع الإصابة ٥٣٩/١ ، الإصابة ٥٤٧/١ .

(٦) ونصه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الأمة إذا زنت ولم تحصن؟ قال : "إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فبيعوها ولو بضفير" . قال ابن شهاب : لاأدري أبعد الثالثة أو الرابعة .
أخرجه البخاري ، كتاب البيوع ، باب بيع العبد الزاني ٢٦/٣ ، ومسلم ، كتاب الحدود ، باب رجم اليهود أهل الذمة في الزنا ١٣٢٩/٣ رقم (١٧٠٣) .

(٧) "على هذا التأويل" ليست في أ ، ب .

(٨) "النكاح" ليست في أ .

(٩) وسيأتي ذكر ذلك في هذا الباب .

[فصل ٢ ــ في الإحصان والإحلال بوطء الصغيرة والمجنونة]

قال ابن القاسم : ومن تزوج صغيرةً لم تُحصن ، ومثلها يُجَامَع ، فوطئها أحصنته و لم يحصنها ولكنه يحلّها ، والمجنونة المغلوبة على عقلها تحصن واطئها ولايحصنها ، وقال بعض الرواة : يحصنها ، لأنها بالغةٌ مسلمةٌ ونكاحها حلال(١) .

قال الشيخ : يريد ابن القاسم إذا كان العقد في الصحة ووطئها في حال جنونها ثم أفاقت فلم يطأها حتى زنت ، أن وطأها في حال جنونها لايحصنها حتى يطأها بعد إفاقتها ، وفي قول غيره : يحصنها وطؤه ذلك وإن لم يطأها بعد إفاقتها .

[فصل ٣ ــ في الإحصان والإحلال بوطء الصبي]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : / وإن لم يحتلم الصبي ومثله يقوى على الجماع ، فزوّجه أبوه أو وصيه امرأةً فبنى بها وجامعها لم يحصنها ولايحلها ، ولايجب لها بوطئه مهرٌ ولاعدة عليها إن بارا عنه أبٌ أو وصي ، لأن وطء الصبي ليس بوطء ، وتقع الحرمة بعقد نكاحه بين آبائه وأبنائه وبين هذه المرأة(٢) . [٩٦/ب]

قال مالك : ولاحد على كبيرةٍ زنت بصبيٍّ صغيرٍ لم يبلغ ، وأما الصبية فهي تحصِّن الكبير(٣) .

قال ابن المواز : وعلى هذا جماعة أصحاب مالك ، وقاله مالك .

ابن وهب : وقاله يحيى بن سعيد ، وقال : إنما ذكر الصبي بمنزلة الأصبع ،ولو زنى رجلٌ بصبيةٍ مثلها يوطأ إلا أنها لم تحصن لحُد ، و لم تحد الصبية ، وقاله الأوزاعي ومالك والليث .

---

(١)،(٢) انظر : المدونة ٢٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٣) انظر : المدونة ٢٩١/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

[فصل ٤ ــ في الإحصان والإحلال بوطء الخصي والمجنون]

ومن المدونة : وإذا تزوجت المرأة خصيًا قائم الذكر فوطئها قبل علمها به ثم علمت به ، فاختارت فراقه لم يحلها وطؤه ذلك ، ولم يكن إحصاناً لها ولاله ، ولايكون الإحصان عند مالك إلا مايقام عليه الحد[1] ولاخيار فيه .

وإن وطئها بعد علمها به ورضاها انقطع خيارها وأحلها وطؤه ذلك ، وكانا به محصَنَين[2] ، لأنه نكاحٌ يُغتَسل منه ، ويجب بوطئه الصداق والحد .

وكذلك إن تزوجت مجنوناً[3] ولم تعلم به فلها الخيار في فراقه ، وإن وطئها بعد علمها به ورضاها أحصنها ذلك ، لأنه نكاح صحيح ، ووطؤه يوجب الصداق والحد[4] .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا : وسواءٌ كان[5] مقطوع الحشفة أو غير مقطوعها[6] .

قال الشيخ : وهذا هو ظاهر المدونة[7] ، وذكر عن سحنون أنه قال : إنما يكون لها الخيار إذا كان مقطوع الحشفة ، لأن اللذة فيها ، وأما إن كان غير مقطوع الحشفة فلاخيار لها ، ولاحجة لها أنه لايولد لمثله كما لاحجة لها إذا تزوجت رجلاً فوجدته عقيماً لايولد له .

---

(١) الحد" ليست في ز ، ب .

(٢) في أ ، ب "وكان به محصنا" .

(٣) في ز "مجبوبا" ، وهو تصحيف .

(٤) انظر : المدونة ٢٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٥) أي الخصي .

(٦) أي فإنه يحلها وطؤه ، قال ابن القاسم : وكذلك لو كان مقطوع الحشفة مع الأنثيين فذلك يحلها . النوادر والزيادات ل٢٦٨/أ .

(٧) انظر : المدونة ٢٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

وقال أبو القاسم بن الكاتب : انظر إن كان إنما جعل لها الخيار لأنه لاينزل الماء الدافق فصار وطؤه ناقصاً لذلك ، ويؤيد ذلك إجماعهم أن ليس للرجل أن يعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها ، فدل أن الإنزال من حق الزوجة ، وليس كذلك الرجل العقيم لتكامل وطئه بإنزاله ، وإذ قد يولد له بعد ذلك .

قال ابن المواز : مذهب ابن القاسم إذا صح العقد ثم وطئها بعد ذلك في حال جنونه أحلها وأحصنها ، ولم يحصنه ذلك[١] .

وقال أشهب : لايُحلها ولايحصنها ، وإن كان سليمٌ وطئ مجنونةً في حال جنونها فذلك يُحصنها ويُحلها ، لأن الوطء للرجل وإليه يُنظر .

وقال عبد الملك : لاأبالي من كان منهما مجنوناً أو كانا مجنونين جميعاً في حال الوطء ، فذلك يُحل ويحصن إذا صح العقد في الإفاقة ، ويعقد[٢] من يجوز عقده عليها[٣] .

[فصل ٥ ــ في الإحصان والإحلال بوطء العبد للحرة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن تزوجت الحرة عبداً أذن له سيده في النكاح ، فوطئها قبل علمها به لم يحصنها ولم يُحلها ولها الخيار في فراقه حتى تعلم ، فإن وطئها بعد علمها به ورضاها أحلَّها وأحصنها ، ولاخيار لها بعد[٤] .

ابن المواز : قال مالك : وإذا تزوجت عبداً بغير إذن سيده ودخل بها لم يحلها وطؤه حتى يجيزه السيد ، ثم يطأ العبد بعد ذلك .

وقال أشهب : إذا أجازه أحلها الوطء الأول[٥] .

---

(١) وقال ابن القاسم أيضاً : أنه إن كانت هي المجنونة فلايحصنها وطؤه ولايحلها ، والزوج به يحصن . انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٨/أ .

(٢) في ز "أو" بدل الواو .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٦٨/أ .

(٤) انظر : المدونة ٢٨٧/٢ ؛ تهذيب المدونة ص٩٣ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٨/أ .

[فصل ٦ ـــ في الإحصان والإحلال بنكاح المجبوب]

ومن المدونـــة : قال ابن القاسم : ولايُحَصِّن المرأة ولايُحِلُّها مجبوبٌ ، إذ لايطأ[١] .

ابن حبيب : قال أصبغ عن ابن القاسم فيمن تزوجت شيخاً فلم ينتشر فأدخلت ذكره بأصبعها ثم فارقها / قال : إن انتشر بعد أن أدخلته وعمل أحلها [٩٧/أ] ذلك لمن أبتَّها ، وإن بقي كذلك فلايحلها[٢] .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ولو وطئ فوق الفرج فأنزل ودخل ماؤه في فرجها وأنزلت هي أيضاً[٣] فلايُحلّها[٤] ولايحصّنها[٥] .

[فصل ٧ ـــ في الإحصان والإحلال بوطء الحر للأمة المسلمة والحرة الكتابية]

ومن المدونة : ويحصن الحر وطء الأمة المسلمة والحرة الكتابية[٦] بنكاحٍ صحيح ، وإن فسد النكاح لم يحصن[٧] .

---

(١) انظر : المدونة ٢٨٧/٢ .
(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٨/أ .
(٣) "أيضا" ليست في ز .
(٤) "فلايحلها" ليست في أ ، ب .
(٥) انظر : المصدر نفسه ل٢٦٨/أ .
(٦) في أ ، ب "ويحصن المرأة والأمة المسلمة والحرة والكتابية" .
(٧) انظر : المدونة ٢٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٣ .

ابن المواز : وروى ابن وهب أن عبد الملك بن مروان[١] سأل عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود[٢] ، هل تحصن الأمة الحر؟ قال : نعم ، فقال له : عمن تروي هذا؟ قال : أدركت أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يقولون ذلك[٣] .

ومن المدونة : قال ربيعة : يحصن الحر المملوكة وتحصن الحرة بالعبد ، وقاله علي بن أبي طالب وجماعةٌ من الصحابة والتابعين[٤] .

والأمة المسلمة والحرة الكتابية يحلهن وطء العبد أو الحر المسلم بنكاح ، ولايكونان به محصنين حتى توطأ هذه بعد الإسلام ، وهذه بعد العتق ، والعبد لايحصنه ذلك حتى يطأ بعد عتقه ، والوطء بعد عتق أحدهما يحصن المعتق منهما ، والعبدان إذا عتقا وهما زوجان فلم يجامعها بعد العتق حتى زنيا لم يكونا به محصنَين حتى يطأها بعد العتق[٥] .

---

(١) هو أبو الوليد عبد الملك بن مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية ، الخليفة الفقيه ، سمع عثمان وأبا هريرة وأبا سعيد وأم سلمة ومعاوية وابن عمر وغيرهم ، كانت ولايته المجمع عليها بعد ابن الزبير ثلاث عشرة سنة ، قال الذهبي : كان من رجال الدهر ودهاة الرجال ، توفي بدمشق سنة ٨٦هـ .

انظر : الطبقات ١٧٢/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٣٤/٥ ، شذرات الذهب ٩٧/١ .

(٢) هو عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود ، الهذلي ، المدني ، إمامٌ ، فقيهٌ ، ثقةٌ ، مفتي المدينة وعالمها ، أحد الفقهاء السبعة ، روى عن أبي هريرة وابن عباس وعائشة وابن عمر ، وأبي سعيد الخدري وغيرهم ، توفي بالمدينة سنة ٩٨هـ ، وقيل ٩٩هـ .

انظر : الطبقات ١٩٣/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٩٣/٥ .

(٣) أخرجه البيهقي ، كتاب الحدود ، باب ماجاء في الأمة تحصن الحر ٣٧٧/٨ رقم (١٦٩٤٤) .

(٤) فمن التابعين : سعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار والقاسم بن محمد وأبو سلمة بن عبد الرحمن وابن قسيط وابن شهاب . انظر : المدونة ٢٨٧/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٢٩٠/٢،٢٩١ ، تهذيب المدونة ص٩٣،٩٤ .

[فصل ٨ ــ في الإحصان والإحلال بمجرد الخلوة ، وبزنا المرأة]

ومن المدونة : قال مالك : ومن بنى بزوجته ثم طلقها فادعت المسيس وأنكره ، فالقول قول المرأة في الصداق ، وعليها العدة ،ولايملك الرجعة ، ولايحلها ذلك لزوجٍ كان طلقها ألبتة ، إلا بتقاررهما على الوطء[١] .

قال ابن القاسم : أما في الإحلال فلاأمنع المطلق منها وأُدَيِّنُها[٢] وأخاف أن إنكار الزوج ليضرَّ بها في نكاحها ، ولايكون الزوج محصناً ، لأنها لاتصدق عليه في الإحصان[٣] .

قال بعض الرواة : وإن أخذت منه الصداق ، لأنه إنما أخذ منه الصداق[٤] بما مضى به الحكم الظاهر وهو لم يقر بأنه أصابها[٥] .

قال مالك : ولاتكون هي محصنة إن زنت[٦] .

قال غيره : ولها أن تسقط ماأقرت به من الإحصان قبل أن تؤخذ في زناً أو بعد ماأُخذت وتقول : أقررت لأخذ الصداق[٧] .

قال الشيخ : يريد : فإذا رجعت عن إقرارها بالإحصان رجع عليها الزوج بنصف الصداق ، وقاله أبو الحسن بن القابسي .

وقال بعض فقهائنا :يحتمل أن يكون هذا في الرشيدة ، وأما السفيهة فالصداق صار مالاً من مالها فليس لها إتلافه .

---

(١) انظر : المدونة ٢٨٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .
(٢) "وأدينها" مكانها بياض في أ ، ب .
(٣) المصدر نفسه ص٩٤ .
(٤) "الصداق" ليست في ز .
(٥) المدونة ٢٨٩/٢ .
(٦)،(٧) تهذيب المدونة ص٩٤ .

قال الشيخ : والرشيدة عندي والسفيهة سواء في ذلك ، لأن ذلك إنما يُعلم من جهتها ، وبدعواها أخذته ، فإذا رجعت عن ذلك وجب رده ، لأنها لو شاءت أولاً لم تدَّعه ، وأمور الصدقات في هذا المعنى إنما تؤخذ من قِبَلِ الزوجات .

قال الشيخ : وحكي عن بعض شيوخنا فيمن لم تُعلم له بزوجته خلوة ، فظهر بها حملٌ فلاعن منه فإن ذلك يحصنها لإقرارها بالإحصان ، ولايحلها .

قال بعض فقهائنا : ولو رجعت هذه فقالت : ليس الولد منه ، فيحتمل أن يقال : لايقبل رجوعها في نقض الإحصان ، لأن الولد لايزول نسبه بقولها ،ولو استلحقه الزوج لَحِقَ به ، ولم يُلتفت إلى رجوعها ، ومن نفى هذا الولد على غير وجه الخبر حُد ، فصار كالولد الحلال في الحكم لاكولد الزنا ، فلهذا لايقبل رجوعها ، والله أعلم .

قال الشيخ : أما قوله في الولد فصواب ، لايُنفى برجوعها ، وللأب أن يستلحقه ، وأما في الإحصان فيظهر لي أن لها أن تسقطه وتقول : ادعيت الوطء لئلا أُحَد ، فيجب أن يقبل ذلك منها وتُحَد ، وكما يقبل قولها في مسألة الكتاب إذا قالت : إنما أقررت بالوطء لآخذ الصداق ، ويسقط بذلك / الإحصان[1] ، وكذلك [٩٧/ب] يسقط إذا قالت : إنما ادعيت وطء الزوج خوفاً من الحد ، فهذه أعذر من الأولى[2] ، والله أعلم .

---

(١) وقد تقدمت قريباً .

(٢) أي من التي رجعت عن إقرارها بالإحصان بعد اللعان .

[فصل ٩ ــ في الإحصان بزنا أحد الزوجين بعد إقامته مع الآخر وإنكاره الوطء]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن أقرّ بجماع امرأته من عنّينٍ أو غيره ، وأنكرت هي ثم طلقها ألبتة ، كانت مخيرةً في أخذ الصداق أو تركه .

قيل له : فإن زنت المرأة بعد ذلك ، أتكون محصنةً؟

قال : لاتكون محصنة إلا بأمرٍ يُعرف به المسيس بعد النكاح .

قال ابن القاسم : وإذا أقامت امرأةٌ مع زوجها عشرين سنة ، ثم أخذت تزني فقالت : لم يكن الزوج جامعني ، والزوج مقرٌ بالجماع فهي محصنة .

قال سحنون : وكذلك يقول غيره : أنها محصنة ،وليس لها إنكار ، لأنها إنما تدفع حدّاً قد وجب عليها ، ولم يكن منها قبل ذلك دعوى[1] .

قال في كتاب الرجم : وإن طالت إقامة الرجل مع زوجته ثم زنى فقال : لم أجامعها ، فإن لم يعلم وطؤه بولدٍ يظهر ، أو بإقرار فلاحد عليه .

قال مالك : ويحلف ، وإن علم منه إقرار بالوطء رُجِم[2] .

قال يحيى[3] : هذا خيرٌ مما في كتاب النكاح[4] ، قال ابن المواز : وهو قول أصحابنا[5] .

قال الشيخ : كأنهما أشارا[6] إلى أن هذا منه اختلاف قول ، وكذلك نحا إليه أبو محمد ولم يتعقّبه[7] ، وذكر عن بعض المتأخرين من أصحابنا : أن ذلك ليس

---

(١) انظر : المدونة ٢٨٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٢) انظر : المدونة ٢٣٦/٦ .

(٣) أي يحيى بن عمر الأندلسي .

(٤) في أ "الناس" .

(٥) أي عدم الرجم إن لم يعلم وطؤه .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٩/أ .

(٦) أي يحيى بن عمر ومحمد ابن المواز .

(٧) كما في النوادر والزيادات ل٢٦٩/أ .

باختلاف قول ، وإنما اختلف جوابه[1] فيهما لاختلاف السؤالين ، وذلك أنه في مسألة كتاب النكاح هذه ، الزوج فيها مقرٌّ بجماعها ، فقد وجب الرجم عليها فلاينفعها إنكارها بعد وجوب الرجم ، وفي مسألة الحدود لم تدَّع المرأة أنه جامعها ولاأقر الزوج بجماعها ، فلذلك لم يرجم[2] .

قال الشيخ : والأظهر أنه اختلاف قول ، هذا ظاهر قولهم ، لأنهم إنما عللوا المسألة باختلافهما في الوطء بعد الزنا أو قبله .

ونص مافي كتاب ابن المواز قال : فإذا أقام معها عشرين سنة ثم فارقها ، فزنت ، وقد اختلفا في الوطء؟ قال : قال ابن القاسم وابن عبد الحكم : إن اختلفا بعد الزنا لم يقبل قول من أنكر الوطء والرجم قائم ، وكذلك لو لم يُقِمْ معها إلا ليلةً واحدة .

قال عبد الملك : فإن كان اختلافهما قبل الزنا فعليهما حد البكر وإن طالت إقامته معها ، كانت تحته أو فارقها ، كما لو قالت بعد طول السنين وهي تحته : لم يمسني ، وطلبت أجل العنين وصدَّقها ، أن ذلك لها[3] .

قال الشيخ : فجعلوا العلة الاختلاف قبل الزنا وبعده ،لأنه بعد الزنا يريد رفع حدٍ وجب ، فلايُقبل منه ، وليس العلة إقرار الزوج بالجماع ، لأن إقراره بذلك لايوجب إحصانها إذا أنكرت ذلك قبل الزنا ، ولايكون هو محصناً بدعواها هي الوطء أيضا قبل الزنا ، وإنما العلة أن الحد إذا وجب فلايقبل قول من أراد رفعه.

قال الشيخ : فالقول الآخر أصوب[4] لقول النبي عليه الصلاة والسلام :

---

(١) أي ابن القاسم كما تقدم .

(٢) في ز "لم ترجم" .

(٣) المصدر نفسه ل٢٦٩/أ .

(٤) وهو القول بعدم الإحصان .

"ادرؤا الحدود بالشبهات"[١] .

[فصل ١٠ ـــ في الوطء الذي يحصن الزوجين ويحل المبتوتة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن تزوج امرأةً فلم يدخل بها حتى مات فادعت أنه طرقها ليلاً[٢] فجامعها ، لم تصدق ، ولايُحلُها ذلك لزوج كان طلقها ألبتة إلا بدخولٍ يُعرف ، وإن زنت لم تكن محصنةً بقولها ذلك ، وهي مثل الأولى لها طرح ماادعت .

قال ابن القاسم : ولايحصن الزوجين ويُحِلُّ المطلقة ثلاثاً إلا نكاحٌ يصح عقده ويصح الوطء فيه ، ولايجزئ من الوطء إلا مغيب الحشفة وإن لم يُنزِل ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم : "حتى تذوق العُسَيلة"[٣] ، وقاله مالك .

قال ابن القاسم : ولايكون بوطء الملك [محصناً] [٤] ولابنكاحٍ لايقرَّان عليه وإن رضي الولي ، كمن تزوج ذات مَحْرَمٍ منه ، أو حرةٌ زوجت نفسها ، أو أمةٌ زوجت نفسها بغير إذن السيد ، أو تزوج امرأةً على عمتها أو خالتها أو أخت

---

(١) أخرجه الترمذي ، كتاب الحدود ، باب ماجاء في درء الحدود ٢٥/٤ رقم (١٤٢٤) ، والدارقطني ، كتاب الحدود والديات وغيره ٨٤/٣ رقم (٨) ، والحاكم ، كتاب الحدود ٤٢٦/٤ رقم (٨١٦٣) بلفظ : "ادرؤا الحدود عن المسلمين مااستطعتم" .
وقد ضعف هذا الحديث ابن حجر في بلوغ المرام ص٢٥٩ ، لأن في سنده يزيد بن زياد الدمشقي وهو متروك ، انظر : التقريب ٣٢٤/٢ رقم (٧٧٤٤) فهو ضعيف مرفوعاً ، وصح موقوفاً عن ابن مسعود رضي الله عنه بلفظ : ادرؤا الجلد والقتل عن المسلمين مااستطعتم . أخرجه البيهقي ، كتاب الحدود ، باب ماجاء في درء الحدود بالشبهات ٤١٣/٨ رقم (١٧٠٦٤) وقال : هذا موصول . وقال عنه ابن حجر : أصح مافيه حديث سفيان الثوري عن عاصم عن أبي وائل عن عبد الله بن مسعود .التلخيص الحبير ٥٦/٤ .

(٢) "ليلا" في ز مطموسة ، وفي أ ، ب "ألبتة" ، والتصحيح من المدونة .

(٣) سبق تخريجه ص٣٤٧ .

(٤) من تهذيب المدونة .

امرأته ، ودخل بها ، أو بجمعهما في عقدة ، ولم يَعلم بذلك / كله ، فلايُحلها ذلك [٩٨/أ] ولايُحصنها ، وكذلك ماللولي أو أحد الزوجين إجازته أو فسخه ، كاستخلاف الحرة أجنبياً يزوجها من رجلٍ بغير إذن وليها فيدخل بها ، ونكاح العبد بغير إذن سيده ، فلايحلها ذلك الوطء ولايحصنها ، وإنما يُحلها ويحصِّنها إذا وطئها بعد إجازة[١] الولي أو السيد[٢] .

قال الشيخ : وقد تقدم قولٌ لأشهب في ذلك[٣] .

قال ابن القاسم : وكذلك الزوج في عيوب المرأة لايحلها وطؤه ولايحصنها قبل علمه بعيوبها حتى يطأها بعد العلم ، وكل وطءٍ أحصن الزوجين أو أحدهما فإنه يُحِل المبتوتة ، وليس كل مايُحِلُّ[٤] يُحَصِّن ، وذلك في الصغيرة والنصرانية والأمة فإن ذلك يُحلهن ، ولايحصنهن إلا مسيسٌ معروفٌ ليس لأحدٍ فَسْخُه ، ولو صح العقد وفسد[٥] الوطء مأحصن ولاأحلَّ كوطء الحائض ، أو أحدهما معتكفٌ أو صائمٌ في رمضان أو مُحْرِم ، وكل وطءٍ نهى الله سبحانه عنه حتى يطأ بعده وطئاً صحيحاً[٦].

قال المغيرة : قال الله تعالى : ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[٧] وقد نهى الله تعالى عن وطء الحائض[٨] ، فلايكون مانهى عنه يُحِلُّ ماأَمَر به[٩] .

---

(١) في أ ، ب "بغير إذن" .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٩٠-٢٩٢ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٣) أي في نكاح العبد بغير إذن سيده فقال : إذا أجاز السيد أحلها وطؤه الأول .

(٤) "يحل" ليست في أ ، ب .

(٥) في أ "وفسخ" ، وهو تحريف .

(٦) انظر : المدونة ٢/٢٩٢،٢٩٣ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٧) سورة البقرة : آية ٢٣٠ .

(٨) يشير إلى قوله : ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٢ .

(٩) أي فلايحل المبتوتة لمطلقها وطؤها في الحيض .
انظر : المدونة ٢/٢٩٢ .

قال الشيخ : وسئل أبو عمران عن المرأة ترى القَصَّة البيضاء[١] فيطؤها زوجها قبل أن تغتسل ، هل يحصنها ذلك؟

فقال : أما على مذهب ابن بُكَير الذي يجعل الإمساك عنها استحباباً فلاشك في ذلك[٢] ، وأما على مذهب أصحابنا فإنهم شددوا في وطئها ،وهم يقولون في الاحصان : إن كل مااختلف فيه من النكاح لايُحِلُّ ولايُحَصِّن ، فهذا من ذلك المعنى.

قال ابن المواز في وطء الحائض والمعتكف والصائم في رمضان ووطءالمحرم وكل وطءٍ نهى الله عنه فقول أصحاب مالك المصريين كلهم ابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ : أن ذلك لايُحل ولايُحصن ، ورووه عن مالك[٣] ، وقال المغيرة وابن دينار : أن ذلك يحصن ولايحل ، ورويا عن مالك[٤] ، وقال لي عبد الملك : هو عندي يحل ويحصن[٥] .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : أنه وطءٌ فاسدٌ ممنوعٌ منه كالعقد إذا وقع على وجهٍ فاسدٍ ممنوعٍ منه ، فإنه لايحل ولايحصن بإجماعٍ منهم .

ووجه قول المغيرة : أنه لايُحلُّ ، فلأنه وطءٌ منهيٌّ عنه فلايُحل ماأَمَرَ الله به ، وكان ذلك يحصن ، فلأنه حرٌ مسلمٌ وطئ في عقد نكاحٍ صحيحٍ يُعَفُّ به ، فوجب أن يحصنه كالوطء الصحيح .

---

(١) القَصَّة البيضاء : قال أبو عبيدة : القصة : التراب الأبيض فإذا رأت المرأة بياضاً على الخرقة استدلت بذلك على براءة رحمها .
انظر : غرر المقالة في غريب الرسالة ص٨٥ .

(٢) أي في أنه يحصنها .

(٣) قال ابن المواز : ورووه عن مالك في الحائض ، ورواه عنه في بقية ذلك عبد الملك .
النوادر والزيادات ل٢٦٨/ب .

(٤) وقد ذكر ابن رشد أن مالكاً رجع عن هذا القول .
انظر : البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة ، تأليف محمد بن رشد القرطبي ، تحقيق محمد حجي ، وأحمد الشرقاوي إقبال (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط/بدون ، ١٤٠٤هـ) ٤٢/٥ .

(٥) وهو اختيار ابن حبيب كما سيأتي قريباً . انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٨/ب .

قال الشيخ : ولو عكس المغيرة قوله فقال : يُحِلُّ ولايُحَصِّن ، لكان أبين ، ووجه ذلك : فلأنها ذاقت العُسَيلة في عقد نكاحٍ كالوطء الصحيح ، ولم يحصن لحرمة النفس ، ولمراعاة الخلاف ، وقد قال الرسول عليه الصلاة والسلام : "ادرؤا الحدود بالشبهات"[(١)] فنقله من الرجم إلى الجلد من دراية الحد .

ووجه قول عبد الملك[(٢)] : فلأنه حرٌ مسلمٌ بالغٌ صحيح العقل وطئ في عقد نكاحٍ صحيحٍ وطئاً لاحد عليه فيه ، تعفّفت به ، وذاقت العسيلة ، فوجب أن يُحل ويحصن كالوطء الصحيح .

قال ابن حبيب : وإن وطئها في صوم تطوعٍ أو قضاء رمضان أو نذرٍ لأيامٍ بغير أعيانها [جاهلاً] [(٣)] فوطؤه يُحل ويحصن إجماعاً من قول مالك وأصحابه[(٤)] ، لأنه لو أفطر يوماً من قضاء رمضان ، أو من نذرٍ بغير عينه ساهياً جاز له فطر باقيه إن شاء ويقضيه[(٥)] .

وذكر سحنون في العتبية عن ابن القاسم : إن وطئ الصائم في فرضٍ أو نذرٍ لايحلها ولايحصنها ،ووقف في صوم التطوع ،ثم قال : قال مالك : لايحصن ولايحل إلا في عقدٍ صحيحٍ لاخيار فيه / لأحد ، ووطءٍ صحيحٍ لافي اعتكافٍ أو حيضٍ أو إحرامٍ أو صومٍ وشبه ذلك[(٦)] . [٩٨/ب]

---

(١) سبق تخريجه ص٣٥٧ .

(٢) وهو أنه يحل ويحصن .

(٣) من النوادر .

(٤) قال ابن رشد : وحكى ـ ابن حبيب ـ أنه مجمع عليه من قول مالك وأصحابه وليس بصحيح . البيان والتحصيل ٤٢/٥ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٨/ب .

(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤١/٥ .

فصل [١١ ــ في عدم الإحصان بوطء النصراني للنصرانية وعدم الإحلال بنكاح المحلل]

ومن المدونة : قال مالك : والنصرانية يبتُّها مسلمٌ فلايحلها وطء نصرانيٍ بنكاحٍ إلا أن يطأها بعد إسلامه ، لأن ذلك ليس[١] بنكاحٍ إلا أن يُسلم الزوج وحده ، أو يُسلما جميعًا فيثبت النكاح .

ولايحصن الوطء بين النصرانيين حتى يطأها بعد إسلامهما .

وإن طلق الحر زوجته ثلاثًا أو[٢] العبد طلقتين لم تحل له إلا بعد زوج ، ولايحلها نكاح المحلِّل حتى يكون نكاح رغبةٍ غير مُدَالَسة[٣] ، وقاله عثمان وعلي وابن عباس ، وكثيرٌ من التابعين[٤] .

قال ابن المسيب : لو فعلتَ لكان عليك إثمهما مابقيا .

قال الوليد[٥] : كنت أسمع أن الزناة ثلاثة : الرجل والمحلِّل والمرأة .

وقال بعضهم[٦] : اتق الله ولاتكن مِسْمَار نارٍ في كتاب الله تعالى[٧] .

---

(١) "ليس" ليست في أ .

(٢) في جميع النسخ "واو" بدل "أو" .

(٣) أي مخادعة .

(٤) كسعيد بن المسيب وطاوس بن كيسان وعبد الله بن يزيد بن هرمز وغيرهم .

(٥) هو أبو العباس الوليد بن مسلم الدمشقي ، مولى بني أمية ، عالم أهل الشام ، إمامٌ ، حافظٌ ، روى عن مالك وابن جريج والأوزاعي والليث والثوري وغيرهم ، توفي بذي المروة راجعاً من الحج سنة ١٩٥هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٤١٥/١ ، سير أعلام النبلاء ١٣٢/٨ ، شذرات الذهب ٣٤٤/١ .

(٦) وهو الحسن البصري .

(٧) قال ذلك لما جاءه رجل فقال : إن رجلاً من قومي طلق امرأته ثلاثاً فندم وندمت فأردت أن أنطلق فأتزوجها وأصدقها صداقاً ثم أدخل بها كما يدخل الرجل بامرأته ثم أطلقها حتى تحل لزوجها فقال له الحسن : اتق الله يافتى ولاتكونن مسمار نار لحدود الله .
أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في الرجل يطلق امرأته فيتزوجها رجل ليحلها له ٥٤٨/٣ رقم (١٧٠٨٥) .

فقلت لمالك : إنه يَحتسِب في ذلك؟[١]

قال : يحتسب في غير هذا[٢] .

ومن كتاب ابن حبيب : وإذا نوى أن يتزجها فإن أعجبته أمسكها وإلا كان قد احتسب في تحليلها للآخر لم يجز ذلك أيضاً إذا خالطت نيته[٣] التحليل ، ولاتحل بذلك للآخر إن علم ، وعلى هذا[٤] أن يُعلِمه بما اعتقد حتى يجتنبها[٥] .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك : وإنما يفسد ذلك بعلم المحلِّل وإرادته وإن لم يَعلم الزوجان ، ولو نكح على الصحة و لم يُرِد ذلك لم يضره علم الزوجين وإرادتهما ، ويحلها ذلك .

قال مالك : لا يضره مانوت هي ، لأن الطلاق ليس بيدها .

قال مالك : وإذا فسخ نكاح المحلل وقدبنى فله نكاحها بعد ذلك ، وأحب إلي أن لاينكحها أبدا .

قال ابن عبد الحكم عن مالك : ويفسخ نكاح المحلل وإن بنى بها فلها صداق المثل ، قال ابن المواز : بل المسمى ، وهو قول مالك .

وقال : ويفسخ بطلقةٍ بائنةٍ بالقضاء إن كان بإقرارٍمنه ، ولو ثبت عليه أنه أقر بذلك قبل النكاح فليس بنكاح ، ولو تزوجها بذلك زوجها الأول فسخ ذلك بغير طلاق إذا علم بذلك ، وإن لم يَعلم فإثمهما على من عَلِم ذلك مابقيا[٦] .

---

(١) أي يحتسب الأجر بهذا النكاح .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٩٣-٢٩٦ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٣) في أ ، ب "بنية" ، وهو تصحيف .

(٤) أي ناكح المطلقة ثلاثاً .

(٥)،(٦) النوادر والزيادات ل٢٦٧/ب ، ٢٦٨/أ .

فصل [١٢ ـــ في أثر الردة على الإحصان والإحلال]

ومن المدونة : والردة تزيل إحصان المرتد من رجل أو امرأة ،ويأتنفان الإحصان إذا أسلما ، لقول الله تعالى : ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾[١] ، ومن زنى منهما بعد رجوعه إلى الإسلام وقبل تزويجه لم يُرجم ، وقد قال مالك : إذا ارتدت وقد حجت ثم رجعت إلى الإسلام استأنفت الحج ، ولم يجزها ماحجت قبل ردتها[٢] .

ابن المواز : ولو طلق رجلٌ امرأته ألبتة فتزوجت غيره فحلت للأول ثم ارتدت لسقط ذلك الإحلال كما يسقط الإحصان[٣] .

قال الشيخ : يريد لأنها أبطلت فعلها في نفسها وهو نكاحها الذي أحلها كما أبطلت نكاحها الذي أحصنها ، بخلاف ارتداد الزوج الذي أحلها ، لأن ذلك فعل فعله في غيره فلايبطله ارتداده .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا ارتد وعليه يمينٌ بالله أو بعتقٍ أو بظهارٍ فالردة تُسقط ذلك عنه[٤] .

قال ابن المواز : وكذلك يمينه بالطلاق وبالعتق وبالمشي أنه إذا[٥] ارتد ثم تاب سقط ذلك عنه ، وقد ذكر عن ابن القاسم أنه يلزمه أيمانه بالظهار ، ولم يعجبنا .

ابن المواز : ولو حنث في ظهارٍ مجردٍ فلزمته الكفارة ، ثم ارتد ، ثم أسلم لسقطت الكفارة عنه ، ولو لم يحنث لم يسقط الظهار عنه كالطلاق[٦] .

---

(١) سورة الزمر : آية ٦٥ .
(٢) انظر : المدونة ٢٩٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .
(٣) قال عبد الحق : بخلاف ارتداد الزوج إن أحل فاعلم ذلك .
انظر : النكت والفروق ل٦٩/أ .
(٤) المدونة ٢٩٠/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .
(٥) "إذا" ليست في أ .
(٦) انظر : النكت والفروق ل٦٩/أ .

قال الشيخ : لأنه إذا حنث صارت الكفارة كنذرٍ نذره للمساكين ، فإذا ارتد ثم أسلم سقط ذلك عنه ، وإذا لم يحنث فالظهار باقٍ عليها منه كالطلاق ، ولأنها مخاطبةٌ ألا يقربها في الطلاق ثلاثاً إلا بعد زوج ، وفي الظهار حتى يكفِّر ، فلايزيل ذلك عنها ارتداده إلا أن ترتد هي أيضاً فسقط ذلك عنهما .

ومن المدونة : / قال سحنون : وقال بعض الرواة : لاتطرح ردته إحصانه [٩٩/أ] في الإسلام ، ولاأيمانه بالطلاق ، ألا ترى أنه لوطلق زوجته ثلاثاً قبل أن يرتد ثم رجع إلى الإسلام أكان يكون له[1] تزويجها بغير زوج؟ وكذلك لو نكح امرأةً قد كان طلقها زوجها ثلاثاً فوطئها قبل ردته فحلت لمن أبتَّها لم تبطل ذلك ردته[2] .

قال الشيخ : وهذا احتجاجُ منكسر ، لأن التي أحلَّها لزوجها قد تم الإحلال فيها قبل ردته ، فلاتسقطه ردته ، لأن ردته إنما تسقط أفعاله في نفسه لاأفعاله في غيره ، ألا ترى أنه لو أعتق عبداً أو أعطى عطيةً ثم ارتد ، ثم أسلم أكان يبطل ذلك[3] ردته؟ وكذلك المرأة التي طلقها ثلاثاً لاترجع إليه ، لأنه فعل فعله في غيره ، ولأنه وإن حل ذلك له فهي لايحل[4] لها أن تتزوجه إلا بعد زوج ، إلا أن ترتد هي أيضاً ثم تُسلم ، فيحل له أن يتزوجها قبل زوج ، وقاله ابن عبد الحكم في ارتدادهما جميعا : إنها تحل له قبل زوج .

قيل : فإن كانت الزوجة نصرانيةً فطلقها ، ثم ارتد ، ثم رجع إلى الإسلام؟ فقال أبو محمد وغيره : لاتحل له ، لأنها مخاطبةٌ بالإسلام وأحكامه ، وهو فيها كالمسافر يقدم مفطراً في رمضان فلايحل له وطوها .

قال الشيخ : والعلة المستمرة أنها إنما تسقط عنه بردته مافعله في نفسه ، لامافعله في غيره ، أصله العتق .

---

(١) "له" ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٢٩٠ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٣) "ذلك" ليست في أ .

(٤) "لايحل" ليست في أ .

[الباب الخامس]
في مناكح المشركين وإسلام أحد الزوجين

[فصل ١ ـــ في حكم أنكحة المشركين]

ونكاح المشرك عندنا فاسد[١] [٢] ، وإنما يصح منه بالإسلام مالو ابتدأ العقد عليها بعد الإسلام لجاز ، ومالايجوز أن يبتدئه بعد الإسلام لم يصح البقاء عليه كالعقد على ذوات المحارم[٣] .

والدليل على فساده أن صحة العقد مفتقرةٌ إلى شروط هي معدومةٌ في أنكحتهم منها الولي ، ورضى المنكوحة ، وأن لاتكون في عدة ، وبصداق مما يجوز تملكه ، وبشهود ، وأنكحتهم خاليةٌ من ذلك فوجب فسادها ، وإنما تصح لهم بالإسلام[٤] ، لقوله عليه الصلاة والسلام : "الإسلام يَجُبُّ ماقبله"[٥] ، ولأنه عليه الصلاة والسلام أقرمن أسلم على نكاحه[٦] .

---

(١) "فاسد" ليست في أ .

(٢) انظر : المعونة ٨٠٣/٢ ، الذخيرة ، تأليف أحمد بن إدريس القرافي ، تحقيق محمد أبو خبزة وآخرون (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤م) ٣٢٥/٤ .

(٣) انظر: التلقين ٣٠٧/١ .

(٤) انظر : المعونة ٨٠٣/٢ .

(٥) أخرجه مسلم ، كتاب الإيمان ، باب كون الإسلام يهدم ماقبله وكذا الهجرة والحج ١١٢/١ رقم (١٩٢) .

(٦) كإقراره صلى الله عليه وسلم نكاح سفيان بن حرب وعكرمة بن أبي جهل وصفوان بن أمية لما أسلموا .

أخرج ذلك البيهقي ، كتاب النكاح ، باب من قال : لاينفسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما إذا كانت مدخولا بها حتى تنقضي عدتها قبل إسلام المتخلف منهما ٣٠١/٧ رقم (١٤٠٦٢)

[فصل ٢ ـــ في النصراني ينكح النصرانية بخمر أو خنزير أو بغير مهر]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا تزوج نصرانيٌّ نصرانيةً بخمرٍ أو خنزيرٍ أو بغير مهرٍ أو شرطا ألاَّ مهر لها ، وهم يستحلون ذلك في دينهم ثم أسلم أو أسلما جميعًا بعد البناء ثبت النكاح ، فإن كانت قد قبضت قبل البناء ماذكرنا فلاشيء لها غيره ، وإن لم تكن قبضته وقد بنى بها فلها صداق المثل ، وإن كان لم يبن بها حتى أسلما وقد قبضت ماذكرنا أو لم تقبضه خير بين إعطائها صداق المثل ويدخل بها أو الفراق ويكون طلقة ، ويصير كمن نكح على تفويض .

وقال غيره : فإن قبضته مضى ذلك ولايكون لها غيره بنى بها أو لم يبن[1] .

[2]وقاله ابن القاسم في كتاب محمد ، قال محمد : وهذا عدل [2][3] .

قال ابن المواز : وإن وجد بيدها ـ يريد محمد : وقد أسلمت ـ كُسِرَ عليها الخمر وقُتِلَت الخنازير .

قال : وقال ابن القاسم في الأسدية : سواءٌ قبضت أو لم تقبض إذا لم يبن ، فإن شاء بنى وودى صداق المثل وإلا فارق وكانت طلقةً ولاشيء عليه ، وهذا غلط، وقال أشهب : يفسخ إذا لم يدخل إلا أن يعطيها ربع دينار ، واستحبه أصبغ .

ـ **قال الشيخ** : قول أشهب : يعطيها ربع دينار ، يريد إذا كان قبل البناء وقد قبضت ذلك ، وكذلك فسره في غير هذا الموضع ـ .

وقال البرقي عن اشهب : يعطيها صداق المثل .

قال أبو محمد : وقول ابن القاسم وعبد الملك هو المعمول به / أنه كالتفويض [٩٩/ب] فإن قبضت نصفه كان لها نصف صداق المثل ، وكذلك فيما قل أو كثر على هذا الحساب .

---

(١) انظر : المدونة ٢٩٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٢) ساقط من ز .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧١/أ .

أبو محمد : يريد إن شاء البناء ولم يكن بنى .

ـ **قال الشيخ** : إنما يصح هذا[١] في قول ابن القاسم إذا بنى ، وأما إذا لم يبن فهو يقول : إذا قبضت جميعه لم يكن للزوج أن يدخل حتى يعطيها صداق المثل أو يفارق بطلقة ، وهو كمن نكح على تفويض .

ـ **قال الشيخ** : وسواء قبضت جميعه أو بعضه أو لم تقبض شيئاً لايكون للزوج أن يدخل حتى يدفع صداق المثل ـ .

قال أبو محمد : ولو وهبت نفسها لرجعت إلى صداق المثل ، وهذا كله قبل البناء ، فأما إن بنى و لم تقبض شيئاً فلاشيئ لها في الخمر والخنزير ولافي الهبة .

قال أبو محمد : وهذا خلاف مافي المدونة[٢] .

قال الشيخ : يريد أنه خلاف المدونة في الخمر والخنزير[٣] ، وأما في الهبة أو بغير صداق فلا ، وظاهر المدونة ألاّ شيئ لها عليه كما قال أبو محمد ، وإن كان ابن حبيب قد قال : إذا تزوجت بغير صداقٍ شرط مشروط ثم أسلم قبل البناء خيِّر بين إعطائها صداق المثل أو فارق ، وإن أسلم بعد البناء أعطاها صداق مثلها وثبت النكاح[٤] .

قال الشيخ : وهذا خلاف ظاهر المدونة ، لأنه أسلم بعد البناء ولاتِبَاعَة لها عليه ، فهي كمن قبضت الخمر والخنزير فلاتتبعه بشيئٍ إذا أسلما ، وقاله أبو الحسن ابن القابسي[٥] .

ابن حبيب قال : وإن أسلمت هي دونه قبل البناء فسخ النكاح ولاشيئ عليها فيما قبضت من خمرٍ أو خنزيرٍ لانصف ولاغيره[٦] .

قال الشيخ : وحكي عن بعض شيوخنا من القرويين أن عليها قيمة ماقبضت وإن كان قائماً ، ويُرَاق الخمر عليها وتُقتل الخنازير ، لأنها منعته من ذلك

---

(١) أي إعطائها نصف صداق المثل .

(٢) المصدر نفسه ل٢٧١/ب .

(٣) أي فلها صداق المثل كما تقدم قريباً .

(٤) المصدر نفسه ل٢٧١/ب .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٥/أ .

(٦) النوادر والزيادات ل٢٧١/ب .

بإسلامها ، وكانت كالمسلم يَسْتَهلِك ذلك للنصراني أن عليه قيمته ، ونحو هذا روى عيسى عن ابن القاسم في المستخرجة[١] [٢] .

ووجه قول ابن حبيب هذا : أنها غيرمتعدية عليه في ذلك ، إذ هي مأمورةٌ بالإسلام ، فهي بخلاف من أتلف عين ذلك تعدياً[٣] ، والله أعلم .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا : ولو تبايعا سلعةً بخمرٍ ثم أسلما وقد قُبِض الخمر ولم تقبض السلعة فالبيع تامٌ ولايدخله اختلافهم في مسألة النكاح ، لأن البضع لايستباح في الإسلام إلا بعوض ، وملك السلعة يجوز بغير عوض ، فحكم ذلك مفترق[٤] .

قال بعض فقهائنا : ولو أسلما قبل التقابض لاحتمل أن يفسخ البيع بينهما ، ولايقال للمشتري : عليك قيمة السلعة ، فيكون كبيع سلعةٍ بقيمتها[٥] .

قال الشيخ : ويحتمل أن ينظر فإن أسلم مشتري السلعة أولاً فقد أتلف على البائع ثمن سلعته ، فيرجع في عينها ، وإن أسلم بائع السلعة أولاً فهو الذي أتلف ثمن سلعته ، فلاشيء له على مبتاعها ، ويكون ذلك كقبضه ويتم البيع في السلعة ، والله أعلم .

قال ابن المواز : قال ابن القاسم : ولو أصدقها ثمن خمرٍ [له] [٦] على رجلٍ فلم تقبضه حتى أسلما فلها قبضه والنكاح ثابتٌ ، لأنه إذا أسلم وله دينٌ من ثمن خمرٍ فحلالٌ له قبضه .

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٨١/٤ .
(٢) النكت والفروق ل٦٩/ب .
(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٢٥/أ .
(٤) انظر : المصدر نفسه ل٢٥/أ،ب .
(٥) أي بقيمتها الآن في الإسلام . انظر : المصدر نفسه ل٢٥/ب .
(٦) من النوادر .
(٧) المصدر نفسه ل٢٥/ب .

قال عبد الملك : ولايدخل بالزوجة حتى يقدِّم ربع دينار ، ولو أصدقها ديناً له من رباً ديناراً بدينارين فلم تقبضه حتى أسلما فليس لها على الزوج شيء ، وله البناء إن لم يكن بنى ، ولاتأخذ من / الغريم إلا ديناراً كما كان هو يقبض منه لو أسلم ، وكذلك لو كان رأس المال درهمين في ثلاثة فلاتقبض من الغريم إلا درهمين ، ولاترجع على الزوج بشيء وله البناء ، لأنه كان صادقاً يوم أصدقها ، وإن أصدقها خمراً بعضه نقداً وبعضه مؤجلاً فأسلما أو أسلم الزوج قبل قبضها المؤجل ، فإن بنى فلاشيء لها ، وإن لم يبن نُظِرَ ماالمؤجل منه ، فإن كان الثلث بالقيمة رجعت عليه بثلث صداق المثل معجّلا[1] [2] . [١٠٠/أ]

قال الشيخ : وهذا على أصله في كتاب ابن المواز ، وهو قول الغير في المدونة[3] ، وأما على قول ابن القاسم في المدونة يكون لها ثلث صداق المثل إن بنى وأما إن لم يبن فإنه مخير بين إعطائها المثل أو يفارقها ، كما قال إذا قبضت جميع الخمر .

قال عبد الملك : ولو أصدقها خمراً مع خنازير فقبضت الخمر ثم أسلما قُوِّم هذا من هذا ، فترجع من صداق مثلها بمقدار مابقي مما لم تقبضه[4] .

ابن المواز : وإذا تزوج مسلمٌ نصرانيةً بخمر فقبضته وفات بيدها ، فإن لم يبن فسخ ولم يتبعها بشيء ، وإن بنى فقيل : يفرق بينهما ، ولاأقوله ، ولكن يثبت ولها صداق المثل ، قاله ابن القاسم ، وقال أشهب : يعطيها ربع دينار ، قال أصبغ : وقولي : على قول ابن القاسم ، استحساناً ، وأما قوله : إن لم يبن ، فهو القياس[5] .

---

(١) "معجلا" ليست في أ .

(٢) النوادر والزيادات ل٢٧١/ب .

(٣) أي غير ابن القاسم ، وهو القول بأنها إن قبضته مضى ذلك ولايكون لها غيره بنى أو لم يبن ، وقد تقدم ذكره أول الباب .

(٤)،(٥) المصدر نفسه ل٢٧٢/أ .

[فصل ٣ ـ في تحريم المسلمة على الكافر]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولايطأ كافرٌ مسلمةً بنكاحٍ أو ملكٍ ويتقدم في ذلك إلى أهل الذمة أشد التقدمة ويعاقب فاعله بعد التقدم ، ولايحد وإن تعمداه[١] ، ومن عُذِرَ بجهلٍ فلايعاقب ، وتباع الأمة[٢] على مالكها ويفسخ النكاح وإن أسلم الزوج[٣] .

قال الشيخ : ولاتباع عليه الأمة إذا أسلم السيد .

قال الشيخ : قال بعض شيوخنا : وإن لم تعذر المسلمة بجهلٍ في النكاح[٤] حُدَّت ، ويكون كمتزوج الخامسة ، ونحو ذلك مما يحرُم بالقرآن[٥] .

وقوله في الكتاب : ولاحد في ذلك وإن تعمداه ، يريد : لاحد على الزوج ، لأنه نصراني ، ولاحد عليها في الملك[٦] .

قال سحنون : الملك مخالفٌ للنكاح ، لأن بالشراء انعقد له الملك في الأمة ، ولاينعقد بالنكاح ، فلذلك أجاب[٧] أن تضرب المرأة الحد[٨] .

وفي كتاب ابن المواز فيمن تزوج مجوسيةً وهو عالمٌ بتحريم ذلك : فإنه يُرجم.

---

(١) في جميع النسخ "تعمده" والتصحيح من المدونة .

(٢) "الأمة" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢٩٧/٢،٢٩٨ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٤) أي لم تجهل تحريم نكاح المسلمة من الكافر .

(٥) كالمحرمات بالنسب والرضاع والمصاهرة المذكورات في قوله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ﴾ الآية ، سورة النساء ، الآية ٢٣ .
وقد سبق ذكر المحرمات في النكاح في الباب الثاني من هذا الكتاب .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٢٥/ب .

(٧) في جميع النسخ "أخاف" ، وهو تصحيف ، والتصحيح من تهذيب الطالب ، ومراده أجاب ابن القاسم ، لذا قال عبد الحق : وقوله في الكتاب : لاحد في ذلك وإن تعمداه ، إنما جوابه في الملك إذا اشترى ذمي مسلمة ، فوطئها لاعلى النكاح .

(٨) انظر : المصدر نفسه ل٢٥/ب .

ومن المدونة : قال عمر بن الخطاب : ينكح المسلم النصرانية ولاينكح النصراني المسلمة[١] ، وقال علي بن أبي طالب : لاينكح النصراني ولااليهودي المسلمة ، قال سليمان بن يسار وأبو سلمة بن عبد الرحمن[٢] : فإن فعلا ذلك فرّق السلطان بينهما ، قال ربيعة : وإن نكحها وزعم أنه مسلمٌ فلما خشي الظهور عليه أسلم وقد بنى بها فلها الصداق ويفرق بينهما وإن رضي أهل المرأة ، لأن نكاحه كان لايحل ، ثم إن رجع إلى الكفر قُتِل[٣] .

فصل [٤ ــ في إسلام أحد الزوجين]

قال مالك : وإذا أسلم مجوسيٌ أو ذميٌ وتحته مجوسيةٌ عُرِضَ عليها الإسلام حينئذ ، فإن أبته وقعت الفرقة بينهما ، وإن أسلمت بقيت له زوجة[٤] .

قال الشيخ : يريد بنى أو لم يبن ، قاله ابن القاسم في أب الزوج الصغير المجوسي يسلم ، فهذا مثله .

قال ابن القاسم : إلا أن يبعد مابين إسلامهما فلاتكون امرأته وإن أسلمت ، وتنقطع العصمة فيما بينهما إذا تطاول ذلك ولم يحد البعد في ذلك ، وأرى الشهرين / وأكثر من ذلك قليلاً ليس بكثير[٥] . [١٠٠/ب]

وفي بعض الروايات : وأرى الشهر وأكثر من ذلك قليلاً ليس بكثيرٍ ، وكذلك في كتاب ابن المواز[٦] .

---

(١) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب لايزوج مسلم يهودياً ولانصرانياً ١٧٥/٧ رقم (١٢٦٦٤) .

(٢) هو أبو سلمة بن عبد الرحمن بن عوف بن عبد عوف بن عبد الحارث القرشي الزهري المدني ، قيل اسمه عبد الله ، وقيل اسمه إسماعيل ، حافظٌ ، ثقةٌ ، فقيهٌ ، كثير الحديث ، حدث عن أسامة ابن زيد وعبد الله بن سلام وأبي أيوب وعائشة وأبي هريرة وغيرهم ، استقضاه سعيد بن العاص على المدينة ، توفي بها سنة ٩٤هـ في خلافة الوليد .
انظر : الطبقات ١١٨/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٦٤/٥ .

(٣)،(٤)،(٥) انظر : المدونة ٢٩٨/٢ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٠/أ،ب .

قال ابن اللبَّاد : وذلك إذا غُفِل عنهما .

وحجة ابن القاسم : أن أبا سفيان بن حرب أسلم ثم أسلمت هند[١] بعد شهر وبقيت له زوجة[٢] .

وقال أشهب في كتاب ابن المواز : لايفرق بينهما في المدخول بها حتى تخرج من العدة ، وأصحابنا على قول ابن القاسم .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم[٣] : أنه يعرض عليها الإسلام اليومين والثلاثة فإن أبت استبرأت نفسها بحيضة[٤] .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : إذا أبت الإسلام فرق بينهما مكانه ، قوله تعالى : ﴿وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ﴾[٥] ، ولأنه إما أن يفسخ النكاح عقب إبائها أو[٦] تبقى مستدامة النكاح .

ووجه قوله : يعرض عليها الإسلام اليومين والثلاثة اعتبارًا بالمرتد .

ووجه قول أشهب : اعتبارًا بإسلام الزوجة[٧] .

قال ابن المواز : وذكر ابن القاسم عن مالك : إن المجوسي إذا أسلم قبل البناء ولم تسلم امرأته ، أنه يعرض عليها الإسلام ، فإن أسلمت مكانها وإلا فرق بينهما[٨] .

وقال أشهب : إسلام الزوج قبل البناء يقطع العصمة بينهما ، وبه أخذ ابن المواز[٩] .

---

(١) هي هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشية والدة معاوية بن أبي سفيان ، أسلمت عام الفتح بعد إسلام زوجها أبي سفيان بن حرب ، وجاءت مع النساء يبايعن رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بالأبطح ، توفيت في خلافة عثمان .
انظر : الطبقات ١٨٧/٨ ، الإصابة ٤٠٩/٤ .

(٢) سبق تخريجه ص٣٦٦ .

(٣) "وروى أبو زيد عن ابن القاسم" ليست في أ ، ب .

(٤) النوادر والزيادات ل٢٧٠/أ،ب .

(٥) سورة الممتحنة : آية ١٠ .

(٦) في أ "واو"بدل "أو" .

(٧) انظر: المعونة ٨٠٤/٢ .

(٨)،(٩) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٠/أ .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أسلمت الزوجة بعد البناء وزوجها مجوسيٌ أو كتابيٌ فلايعرض عليه الإسلام ، ولكنه إن أسلم في عدتها كان أملك بها ، وإن أسلم بعد انقضاء عدتها فلاسبيل له عليها ، وقد قال الله تعالى في اللاتي أسلمن دون أزواجهن وهاجرن : ﴿فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ﴾[١] ، وأبانت ذلك سنة النبي عليه الصلاة والسلام أن ذلك مالم يسلم الزوج في العدة ، لما أقر صفوان[٢] إذ أسلم في العدة بعد شهر من إسلام زوجته[٣] ، وأقر صلى الله عليه وسلم ابنته زينب[٤] تحت أبي العاص[٥] إذ أسلم في عدتها بعد إسلامها[٦][٧] .

---

(١) سورة الممتحنة : آية ١٠ .

(٢) هو صفوان بن أمية بن خلف بن وهب الجُمَحي ، كان أحد أشراف قريش في الجاهلية وكان أحد المُطعِمين والفُصَحاء ، وكان إليه أمر الأزلام ، هرب صفوان يوم الفتح وأسلمت امرأته ، ثم رجع إلى النبي صلى الله عليه وسلم وشهد معه حنيناً قبل أن يسلم ، ثم أسلم فأقرهما على نكاحهما ، وهو أحد المؤلفة قلوبهم وممن حسن إسلامه ، توفي بمكة سنة ٤٢هـ في أول خلافة معاوية ، وقيل توفي قبل ذلك .
انظر : الاستيعاب ٢مع الإصابة /١٧٦ ، الإصابة ١٨١/٢ .

(٣) وهي ناجية بنت الوليد بن المغيرة ، أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله ٤٢٨/٢، ٤٢٩ رقم (٤٤) ، وأخرجه البيهقي أيضا كما سبق ص٣٦٦ .

(٤) هي زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأمها خديجة بنت خويلد ، وهي أكبر بناته صلى الله عليه وسلم وأول من تزوج منهن ، تزوجها ابن خالتها أبو العاص بن الربيع قبل النبوة ، هاجرت بعد غزوة بدر قبل أن يسلم زوجها ، توفيت سنة ثمان من الهجرة .
انظر : الطبقات ٢٥/٨ ، الإصابة ٣٠٦/٤ .

(٥) هو أبو العاص بن الربيع بن عبد العزى بن عبد شمس القرشي ، صِهرُ رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج ابنته زينب ، واسمه : لقيط ، كان من رجال مكة المعدودين مالاً وأمانةً وتجارةً ، أسلم قبل الحديبية بخمسة أشهر ، ولما هاجر رد عليه النبي صلى الله عليه وسلم زوجته زينب على النكاح الأول ، توفي في ذي الحجة سنة ١٢هـ في خلافة أبي بكر .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ١٢٥/٤ ، سير أعلام النبلاء ٢٠٦/٣ ، الإصابة ١٢١/٤ .

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم بعدها ٦٧٥/٢ رقم (٢٢٤٠) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الزوجين المشركين يسلم أحدهما ٤٤٨/٣ رقم (١١٤٣) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر ٦٤٧/١ رقم (٢٠٠٩) ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢١٩/٢ رقم (٢٨١١) وصححه ، ووافقه الذهبي .

(٧) انظر : المدونة ٢٩٩/٢، ٣٠٠ .

ومن المختصر : وإذا أسلمت النصرانية فأراد زوجها أن يسلم فقالت : أنا افتدي منك بكذا على أن لاتسلم حتى أملك أمري ، أو على أن لارجعة لك علي ثم أسلم فهو أحق بها ، ومأأخذ منها رد إليها[١] .

قال ابن أبي زمنين[٢] : وإذا أسلمت فكان الزوج أولى بها في العدة إن أسلم اختلف قول ابن القاسم في النفقة عليها قبل إسلامه مادامت في العدة ، فروى عنه أصبغ أنه قال : أحب إلي أن ينفق عليها من يوم إسلامها ، لأنه أحق بها مادامت في العدة[٣] ، وروى عنه عيسى : أنه لانفقة لها عليه ، لأنها منعته فرجها بإسلامها[٤] ، قال[٥] : وهذه الرواية أحسن عند أهل النظر من رواية أصبغ[٦] [٧] .

ومن المدونة : قال مالك ، وقال أيضاً ابن القاسم وأشهب : وإن اسلمت قبل البناء والزوج مجوسي أو كتابي فقد بانت منه ، ولارجعة له إن أسلم[٨] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٧١/أ .

(٢) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن أبي زمنين المري ، الأندلسي الالبيري ، إمام ، فقيه ، حافظ زاهد ، شيخ قرطبة ، كان من أجل أهل زمانه قدرا في العلم والرواية والحفظ ، تفقه بأبي إبراهيم بن مسرة ، وسمع منه ومن وهب بن مسرة وأحمد بن المطرف وأبان بن عيسى وغيرهم له تآليف كثيرة منها : مختصر المدونة ، ومنتخب الأحكام ،ومختصر تفسير ابن سلام ، وكتاب حياة القلوب في الزهد ، واختصار شرح ابن المزين للموطأ ، وأصول السنة . توفي سنة ٣٩٩هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٦٧٢/٢ ، سير أعلام النبلاء ١١٣/١٣ ، شجرة النور ص١٠١ .

(٣) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٦٢/٥ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٤٣٢/٥ .

(٥) أي ابن أبي زمنين .

(٦) قال ابن رشد : لأنه فسخ ، والفسوخ لانفقة فيها . البيان والتحصيل ٤٣٢/٥ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل٢٦/أ .

(٨) انظر : المدونة ٣٠٣/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٤ .

قال الشيخ : ولاخلاف بينهم في إسلام الزوجة بعد البناء أن الزوج أحق بها إن أسلم في عدتها للسنة المأثورة(١) ، ولاخلاف أيضاً بينهم إن أسلمت قبل البناء أنه لاسبيل إليها إلا أن يسلما معاً ، وذلك أن إسلامه ينزَّل منزلة رجعته ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام جعل إسلام الزوج في العدة كرجعة المسلم فيها إذا طلق واحدة(٢) ، فلما لم يكن في غير المدخول بها عدةٌ ولم يكن فيها رجعةٌ لم يكن لزوجها إذا أسلم بعدها عليها سبيل ، إذ لاعدة عليها ، وكذلك إن أسلم في التي بنى بعد إسلامها وبعد انقضاء عدتها ، فقد بانت منه ، لأن إسلامه أقيم مقام ارتجاعه فكان موقوفاً على العدة(٣) .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا وقع الفراق بإسلام / أحد الزوجين كان [١٠١/أ] فسخاً بغير طلاق(٤) .

قال ابن المواز : والفرق بين إسلام أحد الزوجين أنه فسخٌ بغير طلاق ، وبين ردته أنه تلزمه طلقة ، لأن المسلم يلزمه طلاقه فكذلك يلزمه لما أحدث من الردة الطلاق ، والكافر لو طلق لم يلزمه طلاقه إن أسلم فلم يلزمه بما فعل طلاق(٥) .

ومن المدونة : وإن أسلم كتابيٌ بدار الحرب أو بعد قدومه إلينا لم تزل(٦) عصمته عن نسائه ، وهن على نكاحهن ، ويقع طلاقه عليهن ، فافتراق الدارين ليس بشيئ .

قال ابن القاسم : وأكره له الوطء بدار الحرب بعد الإسلام كما كره مالك أن ينكح بها خوفاً أن تلد ولداً فيكون على دين الأم ، فإن خرجا إلينا بأمانٍ فأسلم أحدهما كانا في الفرقة والاجتماع كالذميين يسلم أحدهما .

---

(١) لعله يشير إلى إقراره صلى الله عليه وسلم سفيان بن حرب على نكاحه عندما أسلمت زوجه بعد إسلامه . انظر ص٣٦٦ .

(٢) أي لما أقر صفوان بن أمية والعاص بن الربيع عندما أسلما في العدة .

(٣) انظر : المعونة ٨٠٥/٢،٨٠٦ .

(٤) تهذيب المدونة ص٩٤ .

(٥) النوادر والزيادات ل٢٧٠/ب ، تهذيب الطالب ل٢٥/ب .

(٦) في أ "لم تلزم" .

قال : وإن أسلم ذميٌّ وتحته كتابيةٌ بنى بها أم لا ثبت على نكاحه وبقيت له زوجة ، وإن كانت صغيرةً زوَّجها إياه أبوها فهما على نكاحهما ، ولاخيار لها إن بلغت .

قال : وإن أسلم الصبي الذمي وقد زوجه أبوه مجوسيةً لم يفسخ نكاحه إلا أن يثبت على إسلامه حتى يحتلم فتقع الفرقة بينهما ، إلا أن تسلم هي عند ذلك فتبقى له زوجة ، لأنه لو ارتد عن الإسلام قبل بلوغه لم يقتل .

وإذا أسلم الزوج قبل البناء وهما مجوسيان ففرق بينهما فلاصداق عليه ، لأنه فسخٌ بغير طلاق ، وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين بإسلام أحدهما ، وذلك قبل البناء فلاصداق للمرأة ولامتعة .

ـ **قال الشيخ** : لأن الفراق من قِبَلِهَا ـ .

قال : فإن بنى بها وهما مجوسيان أو ذميان فوقعت الفرقة بينهما بإسلام أحدهما فرفعتها حيضتها فلها السكنى ، لأنها إن كانت حاملاً اتبعه مافي بطنها ، وكذلك من نكح ذات محرمٍ منه ولم يعلم ففرق بينهما بعد البناء فلها السكنى ، لأنها تعتد منه وإن كان فسخاً .

وإذا سُبيت ذات زوجٍ فعليها الاستبراء بحيضة ، لأنها صارت أمةً ، وإن أسلمت امرأةٌ في دار الحرب ثم قدمت إلينا ، أو قدمت إلينا بأمانٍ ثم أسلمت فلاتنكح مكانها ، ولكن تستبرأ في نفسها بثلاث حيَضٍ كاستبراء الحرائر ، فإن أسلم زوجها فيها[1] كان أملك بها إن ثبت أنها زوجته ، ولو كان إسلام هذه الزوجة في دار الحرب أو عندنا وذلك قبل البناء لبانت ولاسبيل له إليها وإن أسلم مكانه ، وكذلك قال مالك في الذميين إذا أسلمت المرأة قبل البناء ثم أسلم زوجها فلاسبيل له إليها ، ولامتعة لها ولاصداق ، وإن قبضته ردته ، وإن بنى بها فلها المسمى

وإذا أسلمت النصرانية وزوجها نصرانيٌّ ثم طلقها في العدة ، ثم أسلم فيها لم يعد طلاقه طلاقا ، وكان على نكاحه ، وإن انقضت عدتها فنكحها بعد ذلك كان جائزا ، وطلاقه في شركه باطل[2] .

---

(١) في أ "فيكون" .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٠١-٣٠٣ ، تهذيب المدونة ص٩٤،٩٥ .

[الباب السادس]
في سبي أحد الزوجين أو كليهما
ورجعة زوج الأمة في سفره

[فصل ١ ـــ في سبي أحد الزوجين أو كليهما]

روى ابن وهب عن أبي سعيد الخُدري أنه قال أصبنا سَبياً يوم أَوْطَاس[١] ولهن أزواج فكرهنا أن نقع عليهن ، فسألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأنزل الله تعالى : ﴿وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلاَّ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[٢] ، فاستحللناهن[٣] ، فلما أباح الله عز وجل وطء المسبية لها زوج بهذه الآية دل بذلك[٤] أن السبي يهدم النكاح[٥] .

قال ابن القاسم وأشهب : السبي فسخٌ للنكاح ، / قال أشهب : سُبِيَا جميعاً أو مُفترِقين[٦] . [١٠١/ب]

---

(١) أوطاس : وادٍ كانت فيه وقعة حنين للنبي صلى الله عليه وسلم ببني هوازن .
انظر : معجم البلدان ١/٢٨١ .

(٢) سورة النساء : آية ٢٤ .
ورد في صحيح مسلم بعد ذكر الآية : أي فهن لكم حلالٌ إذا انقضت عدتهن ٢/١٠٧٩ .

(٣) أخرجه مسلم ، كتاب الرضاع ، باب جواز وطء المسبية بعد الاستبراء وإن كان لها زوج انفسخ نكاحها بالسبي ٢/١٠٧٩ رقم (١٤٥٦) .

(٤) "بذلك" ليست في أ .

(٥) وهو قول مالك وابن القاسم . انظر : المدونة ٢/٣١٣ .

(٦) المصدر نفسه ٢/٣٠٣ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

قال الشيخ : يريد وإن علم أنها زوجته بالبينة ، على مذهب ابن القاسم وأشهب ، وهو أشبه بظاهر التنزيل[١] .

قال ابن قُسيط[٢] : وإن ابتاع رجلٌ عبداً وامرأةً من السبي قبل أن يفرق بينهما السلطان فليفرق بينهما إن شاء ويطأ الأمة[٣] .

قال الشيخ : اختلف شيوخنا في قول ابن قُسَيْط ، فقال بعضهم : معناه إذا لم يقرهما السلطان على النكاح ، وليس بيعهما مجتمعين مما يمنع التفرقة حتى يقرهما بلفظٍ منه يقتضي ذلك .

وقال غيره من شيوخنا : إن قول ابن قُسَيطٍ خلاف ، لأنه إذا باعهما جميعاً إنما ينادي على العبد وزوجته فذلك إقرارٌ للنكاح[٤] .

وفي كتاب ابن المواز : من اشترى عِلْجَةً[٥] وزوجها من المقاسم فلايفرق بينهما في النكاح ، فإن هرب العِلْجُ لم يكن لسيدها وطؤها إن كانا أُقِرَّا على النكاح وعلى ذلك بيعت[٦] .

قال مالك : وإن قدم إلينا تجارٌ من أهل الحرب فباعوا منا رقيقا ، فذكر الرقيق أن بينهم تناكحا ، فإن زعم ذلك الذين باعوهم أو عُلِم صدق قولهم ببينة ، كانوا على تناكحهم ولايفرق بينهم[٧] .

---

(١) يشير إلى الآية السابقة التي تدل على جواز وطء المسبية مطلقا .

(٢) هو أبو عبد الله يزيد بن عبد الله بن قُسَيط الليثي المدني ، إمامٌ ، فقيهٌ ، ثقةٌ ، روى عن أبي هريرة وابن عمر وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وغيرهم ، توفي بالمدينة سنة ١٢٢هـ . انظر : الطبقات ٣٩٦/٥ ، سير أعلام النبلاء ٨٧/٦ .

(٣) تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٤) تهذيب الطالب ل٢٦/أ .

(٥) العِلْجُ : الرجل من كفار العجم ، والأنثى عِلْجَة . انظر : اللسان ، مادة (عَلَجَ) .

(٦) تهذيب الطالب ل٢٦/أ .

(٧) انظر : المدونة ٣٠٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

قال الشيخ : وظاهر هذا أنه خلاف السبي[1] ، لأن النص[2] إنما أنزل في السبي ، وهذا ليس بسبي ، وإن كان قد وقع لمالك في كتاب ابن المواز في السبي مثل هذا الجواب ،ولكن الأشبه عندي بظاهر التنزيل أن السبي خلاف هذا ، ومالك أعلم وأهدى للصواب ، ويحتمل أن يحمل قوله في السبي[3] استحباباً وقياساً على هذه المسألة والله أعلم .

[4] وإن لم يعلم ذلك[5] إلا بقول الرقيق فلايصدقون ويفرق بينهم[4] [6] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا سُبي الزوج أولاً ثم سُبيت زوجته بعده قبل أن يقسم أو بعدما قسم فذلك هدم للنكاح[7] .

وقال في كتاب ابن المواز : إذا سبيا جميعاً أو سبي أحدهما قبل صاحبه فهما على نكاحهما إذا علم ذلك بالبينة ما لم تستبرأ المرأة بحيضة ، ويطؤها السيد ، فإن وطئها السيد قبل أن يدركها الزوج ويعلم ذلك فالنكاح منقطع[8] .

قال ابن بكير : قال مالك : وإن سبيت قبل الزوج انفسخ النكاح وحلت لمالكها ، إذ لاعهد لزوجها ، وإن سبيا جميعاً فاستبقى الزوج أقرا على نكاحهما ، إذ صار لزوجها عهدٌ حين استبقي ، فصار أحق من المالك بها لهذا ـ يريد إذا علم ذلك بالبينة ، وكله عندي خلاف المدونة والله أعلم .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو سبيت المرأة ثم قدم الزوج بأمان أو سبي وهي في الاستبراء فلاسبيل له إليها لزوال العصمة بالسبي .

---

(١) أي ففي هذه المسألة يقر النكاح ، وفي السبي يفسخ النكاح كما تقدم .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ . سورة النساء : آية ٢٤ وقد سبق سبب نزولها قريباً .

(٣) أي أنه يقر فيه النكاح .

(٤) ساقط من ز .

(٥) أي تناكح الأرقاء الذين باعهم تجار أهل الحرب .

(٦) انظر : المدونة ٢/٣٠٤ .

(٧) تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٩/ب .

ولو أسلم الزوج بدار الحرب وأقام بها ، أو قدم إلينا مسلماً ، أو بأمان، فأسلم وخلف أهله على النصرانية فسباها المسلمون فهي في عصمته والنكاح بينهما ثابتٌ إن أسلمت[١] .

ابن المواز : قال ابن القاسم : أو عتقت[٢] .

قال في المدونة : وإن أبت الإسلام فرق بينهما[٣] ، إذ لاتنكح أمةٌ كتابيةٌ ، وهي وولدها ومافي بطنها من ولدٍ،ومهرها الذي على الزوج ، وجميع ماللزوج بدار الحرب فيءٌ لذلك الجيش[٤] .

وقال غيره[٥] : ولده الصغير تبعٌ له ، وكذلك ماله هو له لم يزل ملكه عنه ، فإن أدركه قبل القسم أخذه ، وإن قسم فهو أحق به بالثمن[٦] .

فصل [٢ ـ في رجعة زوج الأمة في سفره]

قال ابن القاسم : ومن طلق زوجته وهي أمةٌ ثم ارتجعها في سفره قبل إنقضاء عدتها وأشهد بذلك فوطئها سيدها بعد عدتها قبل علمه برجعة الزوج ، ثم قدم الزوج فلارجعة له ، إذ وطء السيد بالملك كوطئها بالنكاح[٧] .

---

(١) تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٢) وإن لم تعتق ولم تسلم وقعت الفرقة لأنها أمة نصرانية ومهرها عليه .
النوادر والزيادات ل٢٦٩/ب .

(٣) وكذلك إن لم تعتق . انظر : المصدر نفسه ل٢٦٩/ب .

(٤) قال ابن القاسم : لأنها إنما قسمت في السبي لسيدها ولامهر لها وإنما مهرها فيء .
انظر : المدونة ٢/٣٠٥ .

(٥) أي غير ابن القاسم .

(٦) المصدر نفسه ٢/٣٠٥ .

(٧) تهذيب المدونة ص٩٥ .

[الباب السابع]
مايحل ويحرم من وطء الكوافر بملك أو بنكاح / [١٠٢/أ]

[فصل ١ ـــ فيما يحل ويحرم من وطء الكوافر]

قال الله سبحانه : ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾(١) فعمَّ الحرائر والإماء ، إذ الوطء يسمى نكاحاً ، واستثنى نكاح حرائر الكتابيات بقوله تعالى : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾(٢) وهذا إحصان الحرية .

ولم يحل الأمة بالنكاح إلا مومنةً لقوله تعالى : ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾(٣) ، فلم يحل نكاح الأمة إلا مومنة(٤) .

وأحل الله تعالى(٥) وطء الكتابيات بالملك بقوله في تحريم ذوات الأزواج : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾(٦) ، وهذا إحصان نكاحٍ ثم استثنى فقال : ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾(٦) ، وهن اللاتي ملكناهن بالسبي ولهن أزواجٌ كفارٌ بدار الحرب ، قاله مالك(٧) .

قال ابن حبيب : أو سُبوا معهن(٨) .

وبقي تحريم المجوسيات بنكاحٍ أو ملكٍ بالتحريم الأول العام(٩) .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢١ .

(٢) سورة المائدة : آية ٥ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٩/أ .

(٥) في أ ، ب زيادة "في" .

(٦) سورة النساء : آية ٢٤ .

(٧) انظر : المدونة ٣١٣/٢ .

(٨) النوادر والزيادات ل٢٤٧/أ .

(٩) أي الذي دلت عليه الآية المذكورة أولاً وهي قوله تعالى : ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ .

قال عبد الوهاب[١] : ولأن كل جنسٍ تؤكل ذبائحهم يجوز نكاح نسائهم كالمسلمين[٢] .

وقال في وطء الإماء الكتابيات : ولأن كل من يجوز وطء حرائرهم بالنكاح يجوز وطء إمائهم بالملك كالمسلمين[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكره مالك وطء نساء أهل الحرب ، وقال: يدع ولده في أرض الشرك ثم يتنصّر أو يُنَصَّر ، ولايعجبني .

قال ابن القاسم : فأرى أن يطلقها ولايقيم عليها من غير قضاء .

قال ابن القاسم : ويجوز للمسلم نكاح حرةٍ كتابيةٍ ، ويكره له ذلك ، وإنما كره له مالك ذلك[٤] ولم يحرمه ، لما تتغذّى به من خمرٍ وخنزيرٍ وتُغَذِّي به ولده ، وهو يُقبِّل ويُضاجع ، وليس له منعها من ذلك ، ولامن الذهاب إلى الكنيسة[٥] .

قال غيره : ولأنه سكونٌ إلى الكفار ومودةٌ لهم ، لأنه تعالى قال في الزوجين ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[٦] .

ومن المدونة : قال مالك : ولايجوز لمسلمٍ أن يطأ مجوسيةً بنكاحٍ أو بملك يمين[٧] .

قال ابن شهاب : ولايقبّلها ولايباشرها[٨] .

قال الشيخ : لقوله تعالى : ﴿وَلَاتَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾[٩] ، ولأن كل من لاتؤكل ذبائحهم لايجوز نكاح نسائهم .

---

(١) أي معللا لجواز نكاح حرائر أهل الكتاب .

(٢)،(٣) انظر : المعونة ٧٩٩/٢ .

(٤) "وإنما كره له مالك ذلك" ليست في أ .

(٥) انظر : المدونة ٣٠٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٦) سورة الروم : آية ٢١ .

(٧) وقال مالك : لأنه لاينكح الحرة المجوسية ، قال الله تعالى : ﴿وَلَاتَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ﴾ فما حرم بالنكاح حرم بالملك . المدونة ٣٠٧/٢ .

(٨) انظر : المصدر نفسه ٣٠٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٩) سورة البقرة : آية ٢٢١ .

ومن المدونة : قال مالك : والأمة الكتابية لايحل لمسلمٍ أن يتزوجها ولايطأها إلا بالملك ، كان حراً أو عبدا ، كانت لمسلمٍ أو ذمي ، ولايزوجها سيدها من غلامٍ له مسلم[1] .

فصل [٢ ــ في تناكح الكفار فيما بينهم]

ولايُمنع النصراني من نكاح المجوس ولا[2]المجوسي من نكاح النصارى[3][4] .

---

(١) قال مالك : لأن الله يقول : ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ سورة المائدة : آية ٥ ، وهي الحرة من أهل الكتاب ، وقال : ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ . سورة النساء : آية ٢٥ . فهن الإماء من المؤمنات ، فإنما أحل الله نكاح الإماء المؤمنات ولم يحل نكاح الإماء من أهل الكتاب ، والأمة اليهودية تحل لسيدها بملك يمينه . المدونة ٣٠٦/٢ .

(٢) في ز "أو" بدل "ولا" .

(٣) قال القرافي : لأنا لانتعرض لهم . الذخيرة ٣٢٣/٥ .

(٤) في تهذيب المدونة : ولايمنع نصرانيٌ من نكاح مجوسيةٍ أو مجوسيٌ من نكاح نصرانية . ص٩٥.

[الباب الثامن]
باب في إسلام الأبوين أو أحدهما
وحكم الولد في ذلك

وقال النبي عليه الصلاة والسلام : "كلُّ مولودٍ يولد على الفِطرة فأبواه يُهوِّدانه أو يُنصِّرانه"[١] .

وقال مالك : إسلام الأب إسلامٌ لصغار بنيه ، ولو أسلمت الأم وحدها دون الأب بقي الولد على دين أبيه ، وكذلك لو أسلمت وهي حاملٌ ثم ولدت كان الولد على دين الأب ، ويُتركون في حضانتها[٢] .

قال أبو بكر بن اللبَّاد : روى اللَّيث أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "أيُّهما أسلم من الأبوين كان أولى بالولد"[٣] ، وروي ذلك عن عمر بن الخطاب[٤] ، وبه قال غير واحدٍ من أهل العلم ، وقاله ابن وهب .

ومن المدونة : قال مالك : ولو تزوج مجوسيٌّ نصرانيةً فولدت منه كان الولد تبعًا للأب في الدين وأداء الجزية ، وتبعًا للأم في الملك والحرية .

وإذا زوَّج النصراني ابنته الطفلة لكتابيٍّ ثم أسلم الأب وهي صغيرةٌ ، كان ذلك فسخًا لنكاحهما ، لأن إسلام الأب إسلامٌ لها .

ولو زوَّج المجوسي ابنه الطفل بمجوسيةٍ ثم أسلم الأب ، وابنه صغيرٌ ، عُرِضَ على / زوجة الصبي الإسلام ، فإن أسلمت وإلا فرِّق بينهما ما لم يتطاول ذلك . [١٠٢/ب]

---

(١) أخرجه البخاري ، كتاب الجنائز ، باب إذا أسلم الصبي فمات فهل يصلى عليه وهل يعرض على الصبي الإسلام ٩٧/٢ ، ومسلم ، كتاب القدر ، باب معنى كل مولود يولد على الفطرة ٢٠٤٧/٤ رقم (٢٦٥٨) بلفظ "مامن مولود ..." الحديث .

(٢) انظر : المدونة ٣٠٧/٢، ٣٠٨ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٣) لم أعثر عليه .

(٤) أخرجه البيهقي ، كتاب الدعوى والبينات ، باب الولد يسلم بإسلام أحد أبويه ٤٥٣/١٠ رقم (٢١٢٩٢) .

وإذا كان الغلام أو الجارية في حدّ المراهقة في إسلام الآباء من أبناء اثنتي عشرة سنة أو ثلاث عشرة سنة[١] فلايُجبرَان على الاسلام ، ويُترك الأمر إلى بلوغهما فمن أقام منهما حينئذٍ على دينه الذي كان عليه ونكاحه لم يُعرض له ، وإن أسلم حُكِم فيه بما ذكرنا في إسلام أحد الزوجين البالغين[٢] .

قال مالك : ومن أسلم وله ولدٌ صغارٌ فأقرَّهم حتى بلغوا اثنتي عشرة سنة[٣] وشبه ذلك فأبوا الإسلام فلايجبرون.

وقال بعض الرواه : يُجبرون ، وهم مسلمون ، وهو أكثر مذاهب المدنيين .

قال مالك : ومن أسلم وله ولدٌ مراهقٌ من ابناء ثلاث عشرة[٤] سنة وشبه ذلك ، ثم مات الأب ، أُوقف ماله إلى بلوغ الولد ، فإذا بلغ وأسلم وَرِث ، وإن لم يسلم حين بلغ لم يُعرض له ، وكان ذلك المال للمسلمين ، ولو أسلم الولد قبل احتلامه لم يَتعجَّل أخذ ذلك حتى يحتلم ، لأن ذلك ليس بإسلام ، ألا ترى أنه لو أسلم ثم رجع إلى النصرانية أُكْرِه على الإسلام ولم يُقتل .

ـ **قال الشيخ** : وقيل : إسلامه إسلام ، وله الميراث ، لأنه لو رجع إلى النصرانية جُبِرَ على الإسلام بالضرب حتى يسلم أو يموت ـ .

قال مالك : ولو قال الولد : إني لا أسلم إذا بلغت ، لم يُنظر إلى ذلك ولابد من إيقاف المال إلى احتلامه .

ولو كان الولد لايعقل دينه ، ابن خمس سنين أو ست فهم مسلمون بإسلام الأب ، ويرثونه مكانهم ، وقاله أكثر الرواة[٥] .

---

(١) "أو ثلاث عشرة سنة" ليست في أ ، ب .
(٢) انظر الباب الخامس من هذا الكتاب .
(٣) "سنة" ليست في أ .
(٤) في أ "اثنتي عشرة" .
(٥) انظر : المدونة ٣٠٨/٢-٣١٠ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

[الباب التاسع]
فيمن أسلم على أكثر من أربع نسوة ، أو على أم وابنتها ونكاح المشرك وطلاقه إذا أسلم عليه

[فصل ١ ـ فيمن أسلم على أكثر من أربع نسوة]

وقد أقرَّ الرسول صلى الله عليه وسلم أبا العَاص وصَفوان على نكاح الشرك[١] [٢] ، وخيَّر غَيْلَان بن أبي سَلَمة الثَّقفي[٣] إذ أسلم على عشر نسوةٍ في أربعٍ منهن[٤] ، وخيَّر فَيْرُوز الدَّيْلَمي[٥] إذ أسلم على أختين في إحداهما[٦] .

قال مالك : وإذا أسلم حربيٌّ على أكثر من أربع نسوةٍ نكحهن في عُقْدةٍ أو عُقَد فليختر منهن أربعاً ، كُنَّ أوَّل من نكح أو آخرهن ، ويُفارق باقيهن[٧] .

---

(١) في أ ، ب "الشرع" وهو تحريف .

(٢) سبق تخريجه ص٣٧٤ .

(٣) هو غَيلان بن سلمة بن معتب بن مالك بن كعب الثقفي ، أسلم بعد فتح الطائف ، وكان أحد وجوه ثقيف ، وكان شاعراً مُحسِناً ، توفي في آخر خلافة عمر .
انظر : الطبقات ٤٦/٦ ، الإصابة ١٨٦/٣ .

(٤) أخرجه الدارقطني ، كتاب ، باب المهر ٢٧١/٣ رقم (١٠٤) ، والبيهقي ، كتاب النكاح ، باب من يسلم وعنده أكثرمن أربع نسوة ٢٩٦/٧ رقم (١٤٠٤٩) ، قال الحافظ ابن حجر : ورجال إسناده ثقات .التلخيص الحبير ١٦٩/٣ .

(٥) هو فيروز الديلمي ، يمانيٌّ كنانيٌّ من أبناء الأساورة من فارس الذين بعثهم كسرى إلى اليمن ، وفد على النبي صلى الله عليه وسلم فأسلم ، ثم رجع إلى اليمن فأعان على قتل الأسود العنسي المتنبئ ، توفي باليمن في خلافة عثمان .
انظر : الطبقات ٦٣/٦ ، الاستيعاب مع الإصابة ١٩٩/٣ .

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب فيمن أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان ٦٧٨/٢ رقم (٢٢٤٣) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الرجل يسلم وعنده أختان ٤٣٦/٣ رقم (١١٢٩) ، وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب الرجل يسلم وعنده أختان ٦٢٧/١ رقم (١٩٥٠) ، وأحمد ٢٨٤/٤ رقم (١٨٠٦٣) ، وابن حبان ، كتاب النكاح ، باب نكاح الكفار ١٨١/٦ رقم (٤١٤٣) وصححه ، وقال الترمذي : حديث حسن .

(٧) انظر: النوادر والزيادات ل٢٧٠/أ .

قال ابن المواز : والمجوسي إذا أسلم وتحته عشر نسوةٍ لم يبن بهن ، وأسلمن كلهن أنه يختار منهن أربعًا ويفارق باقيهن[١] .

قال ابن حبيب : ويفارقهن بطلاق ، ويعطي لكل من فارق نصف صداقها .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك ، لأنه عنده لما كان له أن يختار كل واحدةٍ صار كأنه مختارٌ لطلاقها ، فكان عليه نصف صداقها ، وابن القاسم لايرى عليه فيمن فارق صداقا ، لأنه عنده فسخٌ قبل البناء .

قال ابن المواز : فإن لم يختر منهن أربعًا حتى مات[٢] فإنهن يرثنه كلهن الربع إن لم يكن له ولد ، ويكون لكل واحدةٍ ممن لم يدخل بها خُمُسَا صداقها ، وللمدخول بها صداقها كاملاً[٣] .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك ،لأن له أن يقيم على أربع منهن فأقل ، فلما مات ولم يختر منهن واحدةً كان الربع بين جميعهن ، لأنه ليس واحدة أحق بالميراث من صاحبتها ، فلذلك قُسِم بينهن ، وأما الصداق فإنما عليه أربع صدقات ، فلما لم تُعلَم المختارة منهن قسم الأربع صدقات على عشرة فيقع لكل واحدةٍ خُمُسَا صداقها ، وأما المدخول بها فقد استحقت صداقها بالمسيس .

قال أبو محمد [بن إسحاق][٤][٥]: فإن طلق منهن أربعاً بغير أعيانهن ، قبل أن يختار / أن يطلقهن كلهن ، فعليه لكل واحدةٍ من العَشر خُمُس صداقها ، هذا إن كان قبل البناء ، وإن طلق منهن واحدةً معلومةً لم يكن له أن يختار من البواقي إلا ثلاثا ، وإن طلق واحدةً مجهولةً ثلاثاً لم يكن له أن يختار من البواقي إلاواحدة[٦] . [١٠٣/أ]

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٢٧٠/أ .

(٢) في النوادر زيادة "فسمعت من يقول" .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٧٠/أ .

(٤) "ابن إسحاق" ليست في جميع النسخ فيوهم أن المراد ابن أبي زيد وليس كذلك .

(٥) هو أبو محمد عبد الله بن إسحاق المعروف بابن التَّبان ، عالم أهل القيروان ، إمامٌ ، فقيهٌ ، كان من العلماء الراسخين والفقهاء المبرزين ، وكان حافظاً بعيداً عن التصنع والرياء ، فصيح اللسان ، كبير القدر ، أخذ عن ابن اللبَّاد وغيره ، ألف كتاباً في النوازل ، توفي سنة ٣٧١هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥١٧/٢ ، معالم الإيمان ٨٨/٣ ، سير أعلام النبلاء ٣٩٨/١٢ ، شجرة النور ص٩٥ .

(٦) تهذيب الطالب ل٢٥/ب .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك إذا طلقهن كلهن أن يكون لكل واحدةٍ خُمس صداقها ، لأنه إنما له أن يقيم على أربعٍ منهن ، فيكون لهن أربع صدقات ، فإذا طلقهن قبل البناء كان عليه نصف ذلك ، صداقان نصف الأربعة وهو خمس العشرة فيكون لكل واحدةٍ خمس صداقها .

وإنما قال : إذا طلق واحدةً معلومةً لم يكن له أن يختار من البواقي إلا ثلاثاً ، لأنه بقصده لطلاقها صار كأنه اختارها ثم طلقها ، فلم يكن له أن يختار إلا بقية الأربع .

قال الشيخ : وإنما قال : وإن طلق واحدةً مجهولةً ثلاثاً لم يكن له أن يختار من البواقي إلا واحدة ، لأن الطلاق يُشرع في جميعهن ، وكأنه قال : إحداكن طالق ، ولم ينوِ واحدةً بعينها ، فوجب طلاقهن أجمع ، وهذا على قول المصريين ، وأما على قول المدنيين فله أن يختار واحدةً فيطلقها كالعتق ، فإذا اختار واحدةً كان له اختيار ثلاثٍ ممن بقي كالمسألة الأولى[1] .

[فصل ٢ ـــ فيمن أسلم وعنده أم وابنتها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن أسلم حربيٌّ أو ذميٌّ وتحته أمٌّ وابنتها تزوجهما في عُقْدةٍ أو عُقدتين ، فإن لم يكن بنى بهما فله اختيار إحداهما وفراق الأخرى .

وقال غيره : إذا أسلم وعنده أمٌّ وابنتها ولم يبن بهما لم يجز له أن يحبس واحدةً منهما[2] .

ونقلها[3] أبو محمد : قال غيره : لابد أن يفارقهما ثم ينكح الابنة إن شاء .

---

(١) أي التي تقدمت قريبًا لأبي محمد بن إسحاق .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣١٠، ٣١١ ، تهذيب المدونة ص٩٥ .

(٣) أي ونقل قول غير ابن القاسم .

وقال أشهب : تحرم الأم ويثبت على الابنة ، ولو مسَّ الأم وحدها حَرُمتا عليه جميعًا للأبد ، ولو مسّ الابنة ثبت عليها وحَرُمت الأم .

فوجه قول ابن القاسم : اعتباراً بالذي أسلم عن عشر نسوة ، أن له أن يختار منهن أربعًا وإن كانت الخامسة أو السادسة فيهن ، ونكاح الخامسة محرَّم كنكاح ذوات المحارم ، فلما جاز له البقاء على الخامسة بذلك العقد جاز له أن يثبت على الأم أو البنت بذلك العقد .

ووجه قول غيره : أنه لما[1] كان[2] عقده في الشرك عقد شُبهَة يصححه الإسلام صار كأنه عقد عليهما يوم أسلم ولم يَعلم ، فليفارقهما وينكح الابنة إن شاء .

ووجه قول أشهب : أنه لما كان عقده عقد شبهة حرَّم الأم ولم يحرِّم البنت ، لأنه لم يدخل بالأم .

قال الشيخ : وقول ابن القاسم أبينها ، وبه أقول .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فإن حبس الأم وفارق البنت ، فأراد ابنه نكاح البنت التي خلّاها فلايعجبني ذلك .

- **قال الشيخ** : لأنه عقد شبهة - .

قال ابن القاسم : وإن كان قد دخل بهما جميعًا فارقهما ولاتحلان له أبدا ، فإن بنى بواحدة أقام عليها وفارق الأخرى ، ولم يكن له أن يختار التي لم يمس ، وقاله ابن شهاب .

قال ابن القاسم : وكذلك المجوسي يسلم وعنده أم وابنتها قد أسلمتا جميعا ، فالجواب واحد .

قيل له : فالذمي إذا تزوج امرأةً فماتت قبل أن يمسها فتزوج أمها ثم أسلما جميعًا؟ وكيف إن كان هذا رجلٌ من أهل الحرب ثم أسلم؟

---

(١) في أ "إنما" .

(٢) في أ زيادة "له" .

فلم يذكر جواباً ، وأتى بنظير يدل على جواز النكاح وثباته ، فذكر مسألة المجوسي يسلم وعنده أم وابنتها قد أسلما جميعاً[(١)] .

قال أبو محمد وغيره : نكاحهما ثابت .

ومن كتاب ابن المواز : وإذا أسلم وقد نكح أربعاً في عدتهن ، فإن أسلم بعد خروجهن / من العدة ثبت عليهن ، وقاله ابن القاسم وأشهب . [١٠٣/ب]

قال أشهب : بنى بهن أو لم يبن .

ولو أسلم قبل انقضاء عدتهن لفارقهن[(٢)] ، وعليهن ثلاث حيض - يريد وقد مسّهن .

ولو أسلم وقد انقضت عدة بعضهن فسخ نكاح من لم تنقض عدتها ، كُنَّ في عُقدة أو في عُقَد ، بنى بهن أو لم يبن بهن .

وإن وطئ بعد إسلامه من[(٣)] لم تنقض عدتها لم تحل له أبداً .

وإن تزوج نكاح متعة فأسلم قبل الأجل فسخ نكاحه ، وإن أسلم بعد الأجل ثبت ، بنى أو لم يبن[(٤)] .

---

(١) فقال : إن كان دخل بهما جميعاً فارقهما و لم تحل له واحدة منهما أبداً ، وإن كان دخل بإحداهما فإنه يقيم على التي دخل بها ويفارق التي لم يدخل بها .
انظر : المدونة ٣١٠/٢، ٣١١ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٢) وذلك لقيام المانع .

(٣) "من" ليست في أ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٧٠/أ .

فصل [٣ ـ في نكاح المشرك وطلاقه إذا أسلم عليه]

قال ابن القاسم : وكل صداق[١] نكاحٍ استحله أهل الشرك فيما بينهم فهو جائزٌ إذا أسلموا عليه وقد بنى ، وإن لم يبن وقد تزوجها بخمرٍ أو خنزيرٍ ثبت النكاح وحملتهما في الصداق على سُنَّة المسلمين ، ويصير كمن نكح على تفويض ، فإن شاء البناء ودى صداق المثل وإلا فارق ولاشيء عليه[٢] ، وقد تقدم هذا[٣] .

قال ابن القاسم : وماكان في شروطهم من أمرٍ مكروهٍ فإنه لايثبت من ذلك إلا ماكان يثبت في الإسلام ، ولايفسخ من ذلك إلا ماكان يفسخ في الإسلام[٤] ، وفي غير رواية جَبَلَة[٥] : فإنه لايثبت من ذلك ماكان يفسخ في الإسلام ، ولايفسخ من ذلك ماكان في الإسلام[٦] .

قال يحيى بن عمر : وهذه رواية سحنون وهي الصواب .

قال الشيخ : وتفسير ابن القاسم للمسألة التي بعد هذه يدل على صحة رواية سحنون[٧] ، وهي : قال ابن القاسم : وماكان لها من شرطٍ بطلاقٍ فيها أو

---

(١) "صداق" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٣١١/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٣) انظر ص ٣٦٧ .

(٤) انظر : المدونة ٣١١/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٥) هو جَبَلَة بن حمود بن عبد الرحمن بن جبلة الصَّدفي ، فقيهٌ ، عالمٌ ، ثقةٌ ، ورِعٌ ، زاهدٌ ، سمع من سحنون وعون بن يوسف وأبي إسحاق البرقي ومحمد بن الحكم وغيرهم ، له ثلاثة أجزاء مجالس عن سحنون رويت عنه ، وروى عن سحنون المدونة ، ترك سكنى الرباط ونزل القيروان ، وتوفي بها سنة ٢٩٩هـ .
انظر : قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص٩٥ ، ترتيب المدارك ٢٤٧/٢ ، الديباج ٢٢٣/١ ، شجرة النور ص٧٣ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٢٦/أ .

(٧) وقاله عبد الحق . انظر : المصدر نفسه ل٢٦/أ .

في غيرها أو بعتاقٍ إن تزوج عليها ، أو مَنَعها من أهلها ، أو أَخْرَجها من بلدها ، فهذا كله يسقط عنه ولايثبت عليه ، ولو شرط لها أيضاً ألاَّ نفقة لها عليه ، وأن لها نفقة محدودة ، أو فساداً في صداقٍ بطل الشرط في ذلك كله ، ولم يلزمه ، ويكون لها نفقة مثلها ،ولاتشبه المسلمة في هذا إذا لم ين بها ، لأن المسلمة يفسخ نكاحها قبل البناء إذا عقدا شرطاً لايحل لفساد العقد ، ونكاح الشرك إذا أسلما لم يكن ذلك فساداً لنكاحهم[١] .

قال في كتاب ابن المواز : وإن بنى ثبت النكاح وكان لها صداق المثل ، ولها نفقة مثلها ، قال : وهو كصداقٍ بمجهولٍ حين اشترط هذا مع الصداق .

قال أصبغ : ولو لم يدخل بها وتطارحا الشرط ثبت النكاح ولم يفسخ ، كمن تزوج بصداقٍ معجَّل ، وصداقٍ إلى موتٍ أو فراق ، أو إلى أجلٍ بمجهول[٢] .

ومن المدونة : وإذا تزوج ذميٌّ زوجة ذميٍّ سواه فرافعه زوجها إلينا مُنع من ذلك ، وهذا من التظالم الذي أمنعهم منه .

وإذا تزوج ذميٌّ ابنته أو أمَّه أو أقام على مبتوتةٍ لم يُعْرض له إذا كان ذلك ما يستحلونه في دينهم .

قال مالك : وإن أعلنوا بالزنا أُدِّبوا ، وإذا تزوج صغيران من أهل الذمة بغير إذن أبويهما أو زوجهما أجنبيٌّ ثم أسلما بعد البلوغ ثبتا على نكاحهما ، ولايُعرض لأهل الذمة إذا أسلموا في نكاحهم ، إلا أن يكون تزوج من لايحل له فيفرق بينهما.

قال مالك : وإذا طلق الذمي امرأته ثلاثاً ولم يفارقها فرفعت زوجته أمرها إلى السلطان فلايَعرض لهما ، ولايَحكم بينهما إلا أن يرضيا جميعاً بحكم الإسلام ، فالحاكم مخيَّرٌ إن شاء حكم أو ترك ، فإن حكم حكم بينهم بحكم الإسلام .

قال مالك : وأحبُّ إليَّ ألاَّ يحكم بينهم .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٣١١،٣١٢ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٢٦/ب .

وطلاق [أهل][١] الشرك ليس بطلاق ، وكذلك إن طلق النصراني زوجته ثلاثاً ثم تزوجها قبل زوج ثم أسلما ، فليقيما على نكاحهما .

ولايحصّن الوطء بين النصرانيين حتى يطأها بعد إسلامهما[٢] ، وقد تقدم هذا[٣] . والله الموفق للصواب .

---

(١) من المدونة .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣١٢،٣١٣ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٣) انظر ص٣٦٢ .

[الباب العاشر]
باب جامع مسائل مختلفة ، وأحكام المرتد والأسير / [١٠٤/أ]

[فصل ١ ــ في وطء المسبية ونكاح رابعةٍ في دار الحرب]

قال ابن القاسم : وإذا قُسِم المغنم بدار الحرب فصار لرجلٍ في سِهْمَانِهِ جاريةٌ فاستبرأها بحيضة ، فجائزٌ له أن يطأها بدار الحربِ وإن كان لها زوجٌ حربيٌّ ، قال ابن القاسم : وقدكرهه بعض الناس خيفة أن تهرب منه حاملاً .

ومن كان عنده ثلاث نسوةٍ في دار الإسلام ثم خرج تاجرًا إلى دار الحرب فتزوج بها رابعةً ثم قدم وتركها ، فأراد نكاح خامسةٍ فليس له ذلك ، لأن الحربية في عصمته[1] .

قال الشيخ : يريد إلا أن يَبُتَّ طلاقها أو يصالحه عنها أحد ، وإن طلقها واحدةً لم يجز له أن يتزوج إلا بعد خمس سنين من يوم خرج منها ، وثلاث سنين [2]من يوم الطلاق ، لأنها إن كانت حاملاً يوم خرج[2] فأقصى مايمسكها الحمل خمس سنين ، وإن لم تكن حاملاً وطلقها فلابد من ثلاث سنين من يوم الطلاق ، لاحتمال أن تستراب فتعتد بالسنة فتأتيها الحيضة قبل تمام السنة بيومٍ أو يومين ، فترجع الى الحيض ، ويصيبها كذلك في السنة الثانية والثالثة ، فلاتنقضي عدتها إلا بعد ثلاث سنين .

فصل [٢ ــ الشرط في جواز وطء المسبية غير الكتابية]

ومن المدونة : قال مالك : ولاتوطأ المسبية من غير أهل الكتاب حتى تجيب إلى الإسلام ، بأن تشهد أن لاإله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله ، أو تصلّي ، أو تجيب بأمرٍ يُعرف أنها قد دخلت في الإسلام بعد الاستبراء .

---

(١) انظر : المدونة ٣١٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .
(٢) ساقط من أ ، ب .

قال ابن القاسم : وتجزئه حيضتها عنده قبل الإسلام ، كمن اشترى مودعةً عنده قد حاضت .

وإن كانت المجوسية صغيرةً لم تحض ، فإن كانت ممن تعرف الإسلام لم يطأها حتى يجبرها على الإسلام وتدخل فيه إذا كانت قد عَقَلَت مايقال لها .

ولابأس أن يزوج الرجل عبده النصراني أمته النصرانية ، فإن أسلم العبد فالنكاح يفسخ ، إلا أن تسلم الأمة مكانها ، مثل المجوسية يسلم زوجها ، لأنه لاينبغي لمسلمٍ عبدٍ أو حرةٍ أن يتروج أمةً ذمية ، فإن أسلمت الأمة فالعبد أحق بها إذا أسلم في عدتها[١] .

فصل [٣ ــ في أحكام نكاح المرتد والأسير]

ولايجوز نكاح المرتد ولاالمرتدة ، لأن كلَّ معنىً إذا طرأ على النكاح أوجب فسخه فإذا وُجِد في الابتداء منع العقد ، أصله الملك والرضاع[٢] .

قال مالك : وإذا ارتد الزوج انقطعت العصمة بينهما مكانه[٣] .

قال ابن القاسم : وكذلك إذا ارتدت الزوجة انقطعت العصمة حينئذ ، وقد قال الله تعالى : ﴿وَلَا تُمْسِكُوا۟ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾[٤] ، يريد : من كفر من أزواجكم ، فلاتمسكوا بعصم أولئك الكوافر[٥] .

قال مالك : وَرِدَّة الزوج طلقةٌ بائنةٌ ، ولارجعة له إن أسلم في عدتها[٦] .

قال في كتاب العدة : وكذلك رِدَّة المرأة طلقةٌ بائنةٌ[٧] .

---

(١) انظر : المدونة ٣١٥،٣١٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٢) انظر : المعونة ٨٠٠/٢ .

(٣) انظر : المدونة ٣١٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٤) سورة الممتحنة : آية ١٠ .

(٥)،(٦) انظر : المدونة ٣١٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٧) انظر : المدونة ٤٧٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

ابن المواز : وقاله[1] ابن القاسم وأشهب ، وبه أقول ، واختلف فيه قول أشهب ، فقال أيضاً[2] : إن رجعت إلى الإسلام بقيت له زوجة[3] .

وقال المغيرة : للزوج الرجعة إن رجع إلى الإسلام في عدتها .

وروي عن مالك : أن الردة فسخٌ ، رواه ابن أبي أُويس[4] وابن الماجشون[5]

قال ابن حبيب : قال ابن الماجشون : وإن ارتد الزوج ثم عاد إلى الإسلام في عدتها فهو أحق بها بالطلاق كله ، ولو ثبت المرتد حتى انقضت عدتها لزمته فيها طلقة ، وكذلك لو أسلمت ثم أسلم بعد عدتها لزمته طلقة[6] .

ابن سحنون عن أبيه فيمن رفع زوجته إلى الإمام ويقول : إنها ارتدت ، وهي تنكر ، قال : يفرق بينهما ، لأنه مقرٌّ بزوال العصمة ، وإن كان مسلمٌ تحته نصرانيةٌ فقال : قد أسلمت ، وأنكرت هي ذلك ، فليفرق بينهما لإقراره بارتدادها[7] .

ومن المدونة : قال ابن شهاب : والأسير يُعلَم تنصُّره فلايُدرى أطوعاً أو كُرهاً فلتعتد زوجته ، ويُوقف ماله وسريته / ، فإن أسلم عاد إليه ذلك كله إلا الزوجة فلارجعة له عليها ، وإن مات قبل أن يسلم كان في ماله حكم الإمام المجتهد - يريد أنه يحكم فيه[8] بحكم المرتد - فإن ثبت أنه أُكْرِهَ ببينةٍ لم تطلق عليه [١٠٤/ب]

---

(١) أي القول بأن المرتدة تبين من زوجها المسلم بطلقة ، وهو في المدونة من قول ابن القاسم .

(٢) اي غير قوله الأول .

(٣) لأن العقد للزوج لالها ، فردتها ضعيفة في الإبطال . الذخيرة ٤/٣٣٥ .

(٤) هو أبو عبد الله إسماعيل بن أبي أويس عبد الله بن عبد الله بن أويس بن مالك الأصبحي المدني، ابن عمّ الإمام مالك وابن أخته وزوج ابنته ، فقيهٌ ، محدثٌ ، سمع أباه وأخاه عبد الحميد ومالكاً وعبد العزيز بن الماجشون وسليمان بن بلال وغيرهم ، وقرأ القرآن وجوّده على نافع ، توفي سنة ٢٢٦هـ ، وقيل ٢٢٧هـ .
انظر : ترتيب المدارك ١/٣٦٩ ، سير أعلام النبلاء ٩/١٢٠ ، شجرة النور ص٥٦ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٦/ب .

(٦)،(٧) النوادر والزيادات ل٢٧٠/ب .

(٨) "فيه" ليست في أ ، ب .

زوجته وكان بحال المسلم في نسائه وماله ويرث ويورث[١] .

قال بعض شيوخنا في الذي لم يُعلم إرتداده أطوعاً أو كُرهاً ، ففرِّق بينه وبين زوجته ، ثم ثبت أنه أُكْرِه : فحاله في زوجته كحال امرأة المفقود يَقْدُم ، فإنه أحق بزوجته ما لم يدخل بها الثاني ، فإن دخل بها بقيت له زوجة[٢] .

قال الشيخ : وهو عندي صواب ، لأن الحكم عليه بالفراق خوفاً أن يكون تنصَّر طائعا ،كالحكم علىالمفقود خوفاً أن يكون مات،فأمرهما متفق .

وعاب ذلك بعض أصحابنا وقال : ترد إليه وإن دخل بها الثاني[٣] ، كمسألة محمد فيمن قال : عائشة طالق ، وله زوجةٌ حاضرةٌ تسمى عائشة ، وقال : أردت زوجةً لي غائبةً بعيدةً تسمى عائشة ، فلم يُقبل قوله ، وطلق عليه الحاضرة ، ثم ظهر صحة قوله ، أن الحاضرة ترد عليه وإن تزوجت ، فكذلك مسألة الأسير[٤].

قال الشيخ : ومسألة المفقود والذي ارتجع في سفره فلم تَعلم به أشبه بمسألة الأسير من هٰذه[٥] . والله أعلم .

قال ابن القاسم : وإن ارتد وتحته ذمية وقعت الفرقة بينهما بارتداده وحرمت عليه وإن ارتدت إلى مثل دينها .

ولو تزوج في حال ارتداده ذميةً لم يجز نكاحه إياها رجع إلى الإسلام أو لم يرجع[٦] .

قال ابن حبيب : إذا تزوج بعد أن حبس للاستتابة فسخ ، وإن قُتِل على ردته فلاصداق لها بنى بها أو لم يبن ، مسلمةً كانت أو نصرانيةً ، لأنه حُجِرَ عن

---

(١) انظر : المدونة ٣١٦/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .

(٢) ولاسبيل للأول إليها . انظر : تهذيب الطالب ل٢٦/ب .

(٣) لأنه إنما فرق بينه وبين زوجته احتياطاً لجواز أن يكون قد ارتد طائعاً ، ففعل ذلك على باب الاحتياط ، فقد انكشف أن زوالها عن عصمته بخطأ وغير صواب ، فيجب أن ترجع إليه على كل حال . المصدر نفسه ل٢٦/ب .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل٢٦/ب ، ٢٧/أ .

(٥) أي من مسألة ابن المواز المذكورة .

(٦) انظر : المدونة ٣١٦/٢ .

ماله ، وإن رجع إلى الإسلام قبل أن يفسخ ثبت نكاحه ، لأنه إنما كان يفسخ للحجر في ماله وقد زال ، وكذلك قال ابن الماجشون[١] .

قال الشيخ : قوله : وإن رجع إلى الإسلام ثبت نكاحه ، خلاف ماتقدم في المدونة[٢] .

وفي كتاب محمد : قال ابن القاسم : إذا تزوج في حال ارتداده ودخل ومس فلاصداق لها .

قال أصبغ : وكذلك عندي إذا تزوج بعد الحجر والتوقيف ، وإنما هو بمنزلة بيعه وشرائه[٣] .

قال أبو الحسن : معنى قول ابن القاسم عندي:أنها كانت عالمةً بارتداده ، ولو لم تعلم لم يسقط عن ماله مايجب به استحلال فرجها ، ولو تزوجها بعد الحجر مامُنعت من ربع دينار ، ولكن لايمكن ذلك ، لأنه مسجونٌ ، ولو رجع إلى الإسلام كان لها جميع ماأصدقها ، تزوجها قبل الحجر أو بعده وإن كان أضعاف صداق المثل ، والنكاح مفسوخٌ على كل حال[٤] .

وذكر عن أبي القاسم ابن الكاتب أنه قال : لاصداق لزوجة المرتد التي تزوج في ردته ، ودخل بها ، سواءٌ علمت بارتداده أم لا ، لأنه إذا قُتِل على ردته كان ماله للمسلمين ، لأنه بعد ارتداده محجورٌ عن ماله إلا أن يعاود الإسلام ، ألا ترى أنه لاينفق على ولده منه ، فدلَّ أنه لايملك التصرف فيه ، وقالوا في نكاح المريض وإصابته زوجته : أن صداقها يكون في الثلث الذي له التصرف فيه .

ولمَّا أجمعوا ألاَّ ثلث للمرتد يوصي فيه ولامايتصرف فيه دل إجماعهم ألاَّ صداق لزوجته عَلمت أو جَهلت ، لأنَ جهلها لايوجب لها حقاً فيما لايملكه زوجها[٥] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٢٧٠/ب .

(٢) لعله يشير إلى ماتقدم من قول مالك : ولارجعة له إن أسلم في عدتها ص٣٩٦ وهذا في النكاح قبل الردة ، ومسألة ابن حبيب في النكاح بعد الردة .

(٣)،(٤)،(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٢٦/ب .

ومن المدونة : وإذا ارتد ثم رجع إلى الإسلام فإنه يوضع عنه كل ماكان لله عليه مما تركه قبل ارتداده من صلاة ، أو صوم ، أو زكاة ، أو كفارة ، أو حد[1] ، وماكان عليه من نذر ، أو يمين بعتق ، أو بالله ، أو بظهار فإن ذلك كله يسقط ، ويؤخذ بما كان للناس من قذف ، أو سرقة ، أو قتل ، أو قصاص أو غير ذلك مما لو فعله في كفره لأخذ به ، فإن قتل على ردته فالقتل يأتي على كل حد ، أو قصاص مما وجب عليه للناس إلا القذف فإنه يحد ثم يقتل ، وذلك لحجة المقذوف من لحوق عار القذف إن لم يحد له .

وإذا أسلم / المرتد لم يجزه ماحج قبل ردته ، وليأتنف الحج ، لقول الله تعالى [١٠٥/أ] ﴿لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ﴾[2] ، ويأتنف الإحصان ، وقد تقدم هذا[3] ، وليستأنف بعد رجوعه إلى الإسلام ماكان يستأنفه الكافر إذا أسلم .

قال ابن القاسم : وهو أحسن ماسمعت .

وإن قتل المرتد لم يرثه ورثته من المسلمين ولامن أهل الدين الذي ارتد إليه ، وميراثه للمسلمين ، وتبطل وصاياه قبل الردة وبعدها ، لأن الرجل إنما تجوز وصاياه في ماله ، وهذا المال ليس هو للمرتد ، وقد صار لجماعة المسلمين ، وماله محجور عليه إذا ارتد .

قال مالك : وإن ارتد المريض فقتل لم ترثه زوجته[4] ، ولايتهم أحد أن يرتد لئلا يرثه ورثته وميراثه للمسلمين .

وإن مات لمرتد ، أو لذمي ، أو لعبد ولد حر مسلم لم يرثوه[5] ولم يحجبوا ، ثم إن أسلم المرتد أو الذمي أو عتق العبد قبل أن يقسم ميراث الابن فلاشيء لهم منه ،

---

(١) في ز "حج" ، وماأثبته أصح ، وهو الذي في المدونة .

(٢) سورة الزمر : آية ٦٥ .
قال مالك بعد استدلاله بالآية : فحجه من عمله وعليه حجة أخرى . المدونة ٣١٧/٢ .

(٣) وهو في الباب الرابع من هذا الكتاب .
والقائل : وقد تقدم هذا ، البراذعي في تهذيب المدونة .

(٤)،(٥) لأن اختلاف الدين والرق من موانع الإرث .

وإنما الميراث لمن وجب له يوم مات الميت[١] .

وقد جرى كثيرٌ من أحكام المرتد في كتب العبيد[٢] .

قال الشيخ : فذكر عن ابن الكاتب في قوله : وإذا ارتد وعليه يمينٌ بالعتق فإنه يسقط ، قال : إنما ذلك في العتق غير المعين ، وأما المعين فقد انعقد عليه في ماله حقٌ لإنسانٍ معينٍ قبل ردته ، فلايسقطه[٣] ارتداده ، وقد قالوا : يلزمه تدبيره فكذلك يمينه بعتقٍ معينٍ[٤] .

قال الشيخ : ويظهر لي أن تدبيره كعتقه وطلاقه ، وذلك بخلاف أيمانه ، ألا ترى أن النصراني إذا أسلم يلزمه تدبيره ولاتلزمه أيمانه ، فكذلك المرتد ، والله أعلم.

وروي عن سحنون أن ردته لاتُسقط عنه حد الزنا ، لأنه لايشاء[٥] من وجب عليه حدٌّ أن يُسْقِطَه إلا أَسقطه بالردة[٦] .

قال الشيخ : وظاهر هذا خلاف المدونة[٧] ، وإنما أَستَحِبُّ إن علم منه أنه إنما ارتد ليسقط الحد قاصداً لذلك ، فإنه لايسقط عنه ، وإن ارتد لغير ذلك سقط عنه .

قال ابن حبيب : قال أصبغ : إذا ارتد سقطت وصاياه ، فإن رجع إلى الإسلام ثم مات فإن كانت هذه الوصايا مكتوبةً جازت ، وإلا[٨] لم تجز .

وروى علي بن زياد عن مالكٍ في المرأة ترتد تريد بذلك فسخ النكاح : أنه لايكون طلاقاً ، وتبقى على عصمته[٩] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٢/٣١٦-٣١٨ ، تهذيب المدونة ص٩٦ .
(٢) أي كتاب العتق وكتاب المكاتب وكتاب التدبير .
(٣) في أ ، ب "فلايسقط" .
(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٧/أ .
(٥) أي لايستطيع .
(٦) انظر : المصدر نفسه ل٢٧/أ .
(٧) أي ماتقدم قريباً من أن المرتد يسقط عنه ماكان لله من الحدود وغيرها .
(٨) في أ "وإن لم" .
(٩) انظر : المصدر نفسه ل٢٤/أ .

قال الشيخ : وأخذ به بعض شيوخنا[١] قال[٢] : وهو كاشترائها زوجها تغتزي[٣] فسخ نكاحها[٤] .

ابن المواز : وإذا وجد للمرتد امرأةٌ فقال : تزوجتها في حال الردة ، وقالت هي : بل بعد أن رجع إلى الإسلام ، فالقول قولها ، لأنها مدعيةٌ للحلال ، ويفسخ نكاحها[٥] بإقراره ، ويُحكم لها[٦] عليه بنصف الصداق[٧] .

تم[٨] كتاب النكاح الثالث من الجامع لابن يونس بحمد الله وحسن عونه وصلّى الله على محمد نبيّه وآله .

---

(١) وقد ذكر ذلك عبد الحق الصقلي .

(٢) "قال" ليست في أ ، ب .

(٣) أي تقصد .

(٤) فإنه لايفسخ وتبقى على عصمة الزوج . انظر : المصدر نفسه ل٢٧/أ .

(٥) في ز "نكاحه" .

(٦) "لها" ليست في ز .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل٢٧/أ .

(٨) "تم ...الخ" ليس في ز .

[الكتاب الرابع]
كتاب الرضاع[1]

[الباب الأول]
جامع مايحل[2] ويحرم من الرضاع

[فصل ١ ـــ في أدلة التحريم بالرضاع]

قال الله عز وجل : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾[3] ، وقال الرسول ـ صلى الله عليه وسلم ـ : "يَحْرُم من الرضاع مايحرم من الوِلَادة"[4] ،والإجماع على ذلك ، وسقط حديث : "خمس رَضعات"[5] لأن عائشة رضي الله عنها التي روته خالفته ، واختلفت الروايات عنها في عدد الرضعات ، وقد أخذت بعد الرسول عليه الصلاة والسلام بأكثر من خمس رضعات ولأنها أحالته على القرآن[6] ، فلما لم يؤخذ[7] القرآن بأخبار الآحاد بطل استعمال

---

(١) الرضاع لغةً : شُرب اللبن من الضرع أو الثدي ، تقول : رَضِعَ المولود يَرْضَع ، انظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة (رَضَعَ) .
وشرعاً : وصول لبن آدميٍّ لمحلٍّ مظنة غذاء . شرح حدود ابن عرفة ٣١٦/١ .

(٢) "مايحل" ليست في أ .

(٣) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب الشهادات ، باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة ١٠٦٨/٢ رقم (١٤٤٤) ومالك ، كتاب الرضاع ، باب رضاعة الصغير ٤٦٩/٢ رقم (١) .

(٥) وهو قول عائشة رضي الله عنها : كان فيما أنزل من القرآن عشر رَضَعَاتٍ مَعلوماتٍ يُحَرِّمن ، ثم نسخن بخمسٍ معلوماتٍ فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن .
أخرجه مسلم ، كتاب الرضاع ، باب التحريم بخمس رضعات ١٠٧٥/٢ رقم (١٤٥٢) ، ومالك ، كتاب الرضاع ، باب جامع ماجاء في الرضاعة ٤٧٤/٢ رقم (١٧) .

(٦) أي لما قالت : فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ من القرآن .

(٧) أي : لم يثبُت .

هذا الحديث ، إذ لايكون قرآنٌ مختلَفٌ فيه ولم يُجتمَع على العمل به فيؤخذ بإجماع ، وحديث / ابن الزبير : "لاتحرِّم المصَّة والمصَّتان"[١] ، وروي من طريقٍ صحيحٍ عن ابن الزبير عن عائشة[٢] فَعُلِم أنه مستخرجٌ من حديث (خمس رضعات) ، وماروي عنها في توقيت ذلك من الاضطراب فسقط التوقيت بما ذكرنا ، وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : "المصَّة والمصَّتان تُحرِّم"[٣] ، وقال : "لارَضَاع بعد فِطَام"[٤] . [١٠٥/ب]

ابن وهب : وقال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وعبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود وجابر بن عبد الله وغيرهم رضي الله عنهم[٥] : إن قليل

---

(١) أخرجه الترمذي ،كتاب الرضاع ، باب ماجاء لاتحرم المصة ولاالمصتان ٣/٤٥٥ رقم (١١٥٠) وأحمد ٤/٧ رقم (١٦١٢٧) .
قال الترمذي : والصحيح عند أهل الحديث حديث ابن أبي مليكة عن عبد الله بن الزبير عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم .
قلت : وهو ماأشار إليه المؤلف .

(٢) كما في صحيح مسلم ، كتاب الرضاع ، باب المصة والمصتان ٢/١٠٧٣،١٠٧٤ رقم (١٤٥٠) .

(٣) هذا الحديث لم أعثر عليه إلا في المدونة من رواية ابن وهب عن مسلمة بن علي عن رجال عن عبد الله بن الحارث بن نوفل عن أم الفضل بنت الحارث قالت : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم : مايحرم من الرضاعة؟ قال : "المصَّة والمصَّتان" ٢/٤٠٥ .
وهو ضعيف لأن في سنده من لم يُعرف لقوله : عن رجال ، وكذلك في سنده مسلمة بن علي الخشني قال عنه ابن حجر : متروك . انظر : التقريب ٢/١٨٣ رقم (٦٦٨٣) .

(٤) هذا جزءٌ من حديثٍ أخرجه البغوي في شرح السنة ، تأليف الإمام أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي ، تحقيق شعيب الأرناؤوط (بيروت : المكتب الإسلامي ، ط/بدون ، ١٣٩٥هـ) ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق من قبل النكاح ٩/١٩٨ رقم (٢٣٥٠) ، البيهقي كتاب الرضاع ، باب رضاعة الكبير ٧/٧٥٩ رقم (١٥٦٥٨) .
والحديث ضعيف فيه جويبر بن سعيد البلخي ، قال البغوي : ضعَّفه يحيى القطان ويحيى بن معين ، وقال ابن حجر : ضعيف جداً ، التقريب ١/١٦٨ رقم (٩٨٩) ويشهد له حديث "لارضاع إلا مافتق الأمعاء وكان قبل الفطام" وسيأتي قريباً .

(٥) كالقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وطاوس وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير وربيعة وابن شهاب وعطاء ومكحول . انظر : المدونة ٢/٤٠٥ .

الرضاعة وكثيرها يحرِّم في المهد[١] .

قال ابن عباس وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير : إذا كان في الحولين فمصَّة واحدة تحرم ، وماكان بعد الحولين فلايحرِّم[٢] .

قال عبد الوهاب : وأخذ الشافعي بحديث "خمس رضعات"[٣] . ودليلنا[٤] قوله تعالى : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾[٥] فأطلق ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم "يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة"[٦] ، وتحريم النسب لايفتقر إلى عدد من الولادات ، فكذلك الرضاع ، ولأن كل معنىً أوجب حرمة مؤبدة ؛ فالمعتبر وجوده من غير عدد كالعقد[٧] والوطء،واعتباراً بالخمس لعلة الارتضاع من آدمية في مدة الحولين قبل الاستغناء بالطعام[٨] .

---

(١) أخرج أثر علي وابن عباس وابن مسعود،ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب من قال يحرم قليل الرضاع وكثيره ٥٤٣،٥٤٢/٣ رقم (١٧٠٣١،١٧٠٢٦) .
وأخرج أثر جابر الدارقطني ، كتاب الرضاع ١٧١/٤ رقم (١) .

(٢) أخرج أثر ابن عباس،البيهقي ، كتاب الرضاع ، باب ماجاء في تحديد ذلك بالحولين ٧٦١/٧ رقم (١٥٦٦٧) .
وأخرج أثر سعيد وعروة،مالك ، كتاب الرضاع ، باب رضاعة الصغير ٤٧١/٢ رقم (١٠) .

(٣) انظر : الأم ٤٥/٥ ، التنبيه ص٢٠٤ .

(٤) أي على أن قليل الرضاعة وكثيرها يُحرِّم .

(٥) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٦) سبق تخريجه ص٣٣١ .

(٧) "الكاف" ليست في أ ، ب ، وفي ز : بدلها "واو" والتصحيح من المعونة .

(٨) انظر : المعونة ٩٤٨،٩٤٧/٢ .

[فصل ٢ ــ في المدة التي يكون الرضاع فيها مُحرِّمًا]

ومن المدونة : قال مالك وغيره : ولايحرِّم مارُضِعَ بعد الحولين .

قال مالك : إلا ماقارب الحولين ولم يُفْصَل بمثل شهرٍ أو شهرين[(١)] .

قال غيره : لقول الله سبحانه : ﴿حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[(٢)] ، وروى ابن عبدالحكم[(٣)] : ومازاد على الحولين بالأيام اليسيرة[(٤)] .

قال الشيخ : وهذا أصح ، لأن ماقارب الشيء له حُكمه[(٥)] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو فَصَلته أمُّه بعد الحولين حتى استغنى بالطعام لم يحرِّم ماأُرضِع بعد ذلك ، وكذلك لو فَصَلته بعد حولٍ وانقطع رضاعه واستغنى بالطعام فأرضعته أجنبيةٌ بعد ذلك قبل تمام الحولين لم يكن ذلك رضاعاً يُحرِّم[(٦)] .

ابن حبيب : وقال مطرف وابن الماجشون : يحرِّم إلى تمام الحولين[(٧)] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو فُصِل بعد الحولين بيسيرٍ أو قبل الحولين فأُرضع بعد فِصَاله بيومٍ أو يومين لحَرَّم ، إذ لم يَستغن بالطعام إلا أن يقيم أياماً يستغني فيها بالطعام معاشاً له فلايحرِّم .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٠٧،٤٠٨ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٣) أي عن مالك .

(٤) أي فيحرِّم ، انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٦/ب .

(٥) فللأيام اليسيرة حكم الحولين لوجود معنى تحريم الرضاعة فيها وهو انتفاع الصبي به وكونه له غذاء . انظر : المقدمات الممهدات ١/٤٩٣ .

(٦) انظر : المدونة ٢/٤٠٨ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٧) أي إن أرضعته أجنبية بعد فطامه قبل الحولين .
انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٧/أ .

قال مالك : ولو أرضعته أمه ثلاث سنين و لم تَفْصِله ، ثم أرضعتــه أجنبيـةٌ لم يكن ذلك رضاعًا يحرِّم[١] .

قال ابن حبيب : وقد رأى بعض العلماء الأخـذ برضاعـة الكبـير في الحِجَابـة خاصة[٢] لحديث سَهْلَة بنت سُهَيل[٣] في رضاع سَالِمٍ[٤] وهو كبير[٥] .

قال ابن المواز : فلو أَخذ به أحدٌ[٦] في الحِجَابة خاصةً لم أَعِبْـه كـل العيـب ، وتَرْكُه أحبُّ إلينا ، وليس في الحديث أنه يُحرِّم ، وإنما قال : "أَرضِعيــه يَذهَــبْ مـافي

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٠٧،٤٠٨ .

(٢) أي في أن مرضعة الكبير لاتحتجب منه .

(٣) هي سهلة بنت سهيل بن عمرو القرشية العامرية ، أسلمت قديمًا بمكة وبايعت وهاجرت إلى الحبشة الهجرتين جميعاً مع زوجها أبي حذيفة بن عتبة وولدت له هناك محمداً ، ثم تزوجت عبد الله بن الأسود ، ثم تزوجت عبد الرحمن بن عوف .
انظر : الطبقات ٨/٢١١ ، الإصابة ٤/٣٢٩ .

(٤) هو سالم مولى أبي حذيفة بن عتبة بن ربيعة ، أحد السابقين الأولين ،كان يوم المهاجرين في مسجد قباء فيهم عمر بن الخطاب وأبو سلمة ، لأنه كان أكثرهم قرآناً ، كان معه لواء المهاجرين يوم اليمامة فقاتل حتى قُتل شهيداً سنة ١٢هـ .
انظر : الطبقات ٣/٦٣ ، الإصابة ٢/٦ .

(٥) وهو عن عائشة رضي الله عنها قالت : جاءت سهلة بنت سهيل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يارسول الله : إني أرى في وجه أبي حذيفة من دخول سالم (وهو حليفه) فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "أرضعيه" ، قالت : وكيف أرضعه وهو رجلٌ كبير؟ فتبسّم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : "قد علمت أنه رجلٌ كبير" . أخرجه بهذا اللفظ مسلم، كتاب الرضاع ، باب رضاعة الكبير ٢/١٠٧٦ رقم (١٤٥٣) ، وأخرجه مالك من طريق ابن شهاب عن عروة بن الزبير وفيه : قالت سهلة : يارسول الله ،كنا نرى سالماً ولداً وكان يدخل عليَّ وأنا فُضُل ، وليس لنا إلا بيتٌ واحدٌ فماذا ترى في شأنه؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : "أرضعيه خمس رضعات فيحرُم بلبنها" وكانت تراه ابناً من الرضاعة ، فأخذت بذلك عائشة أم المؤمنين فيمن كانت تحب أن يدخل عليها من الرجال .
الموطأ ، كتاب الرضاع ، باب ماجاء في الرضاعة بعد الكبر ٢/٤٧٢ رقم (١٢) .

(٦) "أحد" ليست في ز .

وجه أبي حذيفة"[١] [٢] ، وفي حديث آخر : "تذهب غيرته" ، فليس تقوم بهذا حجةٌ لمن أطلق التحريم ، وماعلمت من أخذ به عامّاً إلا عائشة رضي الله عنها وخالفها أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ، ورأين ذلك خاصاً بسالم[٣] .

قال الشيخ : واحتج لذلك الحديث[٤] بعض أصحابنا البغداديين بقوله عز وجل : ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾[٥] فدل أن مازاد على الحولين بالأمر البين ليس من الرضاعة ، ولقوله صلى الله عليه وسلم : "لارضاع إلا[٦] مافتق الأمعاء"[٧] ، وقوله عليه الصلاة والسلام : "الرضاع

---

(١) هو أبو حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشي ؛ كان من فضلاء الصحابة ومن المهاجرين الأولين ، صلى إلى القبلتين وهاجر الهجرتين جميعاً ، شهد أبو حذيفة بدراً وأحداً والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، استشهد يوم اليمامة وهو ابن ست وخمسين سنة .
انظر : الطبقات ٦١/٣ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٩/٢ .

(٢) وهو في صحيح مسلم عن زينب بنت أمّ سلمة عن أمّها ، كتاب الرضاع ، باب رضاعة الكبير ١٠٧٦/٢ رقم (١٤٥٣) .

(٣) انظر : الموطأ ٤٧٢/٢ ، النوادر والزيادات ل٣٥٧/أ .

(٤) "الحديث" ليست في ز . ومراده أنه احتج بأنه لايراعى مازاد على الحولين ، وأن الحديث خاصٌ بسالم .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٦) في ز زيادة "فيما" .

(٧) أخرجه الترمذي ، كتاب الرضاع ، باب ماجاء ماذكر أن الرضاعة لاتحرم إلا في الصغر دون الحولين ٤٥٨/٣ رقم (١١٥٢) وزاد : "وكان قبل الفطام" .
وابن ماجه ، كتاب النكاح ، باب لارضاع بعد فصال ٦٢٦/١ رقم (١٩٤٦) ، وابن حبان ، كتاب الرضاع ، باب ذكر الخبر الدال على أن الرضعة والرضعتين لاتحرمان ٢١٤/٦ رقم (٤٢١٠) وصححه ، وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

ماأنبت اللحم وأنشز العظم"[١] ، وكل ذلك مُنتفٍ عن رضاعة الكبير[٢] .

[فصل ٣ ــ في الرضاع في الشرك]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : والرضاع في الشرك والإسلام سواء يقع به التحريم ، ولبن المشركات والمسلمات سواء يقع به الحرمة[٣] .

[فصل ٤ ــ في طرق وصول اللبن إلى الجوف وأثرها في التحريم]

قال مالك : والوَجُور يُحرِّم[٤] .

قال ابن أبي زمنين : والوَّجور ــ بنصب الواو ــ ماصُبَّ في وسط الفم ، واللَّدود : ماصُبَّ في أحد جانبي الفم ،مأخوذٌ من لَدِيدَي الوادي وهما جانباه[٥] .

ومن المدونة : / قال ابن القاسم : والسَّعوط[٦] إن وصل إلى جوف الصبي [١٠٦/أ] فإنه يحرِّم .

---

(١) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في رضاعة الكبير ٥٤٩/٢ رقم (٢٠٥٩،٢٠٦٠) ، وأحمد ٥٦٠/١ رقم (٤١١٣) ، والبيهقي ، كتاب الرضاع ، باب رضاع الكبير ٧٥٨/٧ رقم (١٥٦٥٣،١٥٦٥٥،١٥٦٥٦) .
والحديث فيه أبو موسى الهلالي وأبوه قال أبو حاتم : مجهولان . تلخيص الحبير ٤/٤ رقم (١٦٥٣) فهو ضعيف .

(٢) انظر : المعونة ٩٤٩/٢ .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ٤٠٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٦،٩٧ .

(٥) تهذيب الطالب ل٥٤/ب ، وانظر : اللسان ، مادتي (وَجَرَ) ، (لَدَدَ) .

(٦) السَّعوط : بفتح السين هو مايصبُّ في الأنف .
انظر : تنبيه الطالب ص٩٢ .

وقال عطاء الخراساني[١] : لايحرِّم السَّعوط ولاالكَحْل باللبن[٢] ، وروي مثله لابن عباس .

وأطلق ابن حبيب التحريم به[٣] .

وقول ابن القاسم أصح ، لأن الاعتبار في الرضاع بما يقع به الاغتذاء وهو إذا لم يصل إلى الجوف كان وصوله إلى الدماغ كجريانه على ظاهر البدن . وكذلك أطلق ابن حبيب التحريم[٤] بالحُقْنَة ، وعلّق ابن القاسم الجواب فيها بوصول اللبن إلى الجوف حتى يكون غذاءً له ، وقول ابن القاسم أصح في ذلك كله لما قدمناه ، والله أعلم[٥] .

قال ابن حبيب : وإن مِيعَ كُحْلٌ في لبنٍ وَكُحِلَ به الصبي ، فماكان دواء ينفذ مثل المُرّ[٦] والصَّبِر[٧] والعَنْزَرُوت[٨] وشبهه

---

(١) هو عطاء بن أبي مسلم الخراساني ، المحدث ، الواعظ ، نزيل دمشق والقدس ، روى عن ابن المسيب وعروة وعطاء بن أبي رباح ونافع وعمرو بن شعيب وغيرهم ، توفي بأريحا ودفن ببيت المقدس سنة ١٣٥هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٣٥٨/٦ ، شذرات الذهب ١٩٢/١ .

(٢) انظر : المدونة ٤٠٥/٢،٤٠٦ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٣) أي بالسعوط فلم يشترط وصول اللبن إلى الجوف .
انظر : المعونة ٩٤٨/٢ .

(٤) "التحريم" ليست في ز .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٩٤٨/٢ .

(٦) المُرّ : هو صمغ شجرةٍ شبيهةٍ بالشوكة المصرية ، تُشْرط فتخرج منها هذه الصمغة ، وهو أنواعٌ كثيرةٌ أجودها ماكان حديثاً هشّاً خفيفاً ، وهو يستعمل علاجاً لبعض الأمراض .
انظر : المعتمد في الأدوية المفردة ، تأليف الملك المظفر يوسف بن عمر الغساني التركماني ، تصحيح مصطفى السقا (بيروت : دار القلم ، ط/بدون ، ت/بدون) ص٤٨٩ .

(٧) الصَّبِر : هو عصارة شجرة الصَّبِر ، وهو نوعان : رمليٌ وهو شبيهٌ بالعكَر الصافي ، وكَبِديٌّ سهل الانفراك ، وأجوده ماكان لازوقاً ليس فيه حجارةٌ وله بَريق ، والصبر من الأدوية ، وهو أنفعها للمعدة . انظر : المصدر نفسه ص٢٨١ .

(٨) العنزروت : هو صمغ شجرةٍ تنبت في بلاد الفرس ، شبيهة بالكندر ، صغار الحصى ، في طعمه مرارة ، له قوةٌ مُلزِقة للجراحات ، ويقطع الركوبات السائلة إلى العين . انظر : المصدر نفسه ص١٠ .

فإنه يحرِّم[1] ، وماكان مما[2] يتردَّد في العين لم يحرِّم[3] .

قال الشيخ : وسواءٌ عند ابن القاسم كان مما ينفذ أو يتردَّد فإنه لايحرِّم ؛ لأنه لايكون منه غذاء ، وقد دخل من غير مدخل الطعام والشراب فلايحرِّم حتى يكون غذاءً للصبي ، كما قال في الحُقَنة .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن حُقِنَ بلبنٍ فوصل إلى جوفه حتى يكون غذاءً له لو لم يُطعم ولم يُسقَ فإنه يحرِّم وإلا فلايحرِّم . وقد قال مالك في الصائم يحتقن : إن عليه القضاء إن وصل ذلك إلى جوفه[4] .

---

(١) لأنه يجري في عروق العين إلى الخيشوم إلى الحلق إلى الجوف . النوادر والزيادات ل٣٥٦/ب .

(٢) "مما" ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٣٥٦/ب .

(٤) انظر : المدونة ٢/٤٠٥ .

[الباب الثاني]
في لبن الفحل[1] ولبن[2] البكر واليائسة والميتة[3] والبهيمة

[فصل ١ ـــ في التحريم بلبن الفحل]

وحرّم الرسول صلى الله عليه وسلم بلبن الفَحْـل[4] وقـال : "لقـد هممت أن أنهي عن الغِيْلَة[5] حتى ذكرتُ أن الروم وفـارس يصنعـون ذلـك فلايضـرُّ أولادهـم شيئاً"[6] [7] .

---

(١) المراد بالفحل هنا هو الزوج ، وأضيف اللبن إليه لأنه دَرَّ في زوجته بسبب وطئه لها .

(٢) "لبن" ليست في أ ، ب .

(٣) "الميتة" ليست في أ ، ب .

(٤) أي أن التحريم بالرضاع يكون من جهة الرجل كما يكون من جهة المرأة ، ومن أظهـر الأدلـة على ذلك حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت : جاء أفلح أخو أبي القُعَيس يستأذن عليهـا بعدما نزل الحجاب ، وكان أبو القُعَيس أبا عائشة من الرضاعة ، قالت عائشة : فقلـت : والله لاآذن لأفلح حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن أبا القعيس ليـس هـو أرضعـني ، ولكن أرضعتني امرأته ، قالت عائشة : فلمـا دخـل رسـول الله صلـى الله عليه وسـلم قلـت : يارسول الله إن أفلح أخا أبي القعيس جاء يستأذن علي فكرهـت أن آذن لـه حتـى أسـتأذنك ، قالت : فقال النبي صلى الله عليه وسلم : "إئذني له" ، وفي رواية : "فإنه عمُّك تربت يمينك" ، وفي رواية : "لاتحتجبي منه فإنه يحرم من الرضاعة مايحرم من النسب" .
أخرجـه مسـلم ، كتـاب الرضـاع ، بـاب تحريـم الرضاعـة مـن مـاء الفحـل ١٠٦٩/٢ رقـم (١٤٤٥).

(٥) الغِيلَة : اسم من الغيل: وهو أن يجامع الرجل المرأة وهي مُرضِع .
غريب الحديث ١٧٠/٢ .
وقد فسرها مالك بذلك كما سيأتي قريبا .
ويرى بعض أهل اللغة أن المراد بها : أن ترضع المرأة ولدها وهي حامل .
انظر : اللسان ، مادة (غَيَلَ) .

(٦) "شيئا" ليست في ز .

(٧) أخرجه مسلم ، كتاب النكاح ، باب جواز الغيلة ١٠٦٦/٢ رقم (١٤٤٢) ، ومالك ، كتاب الرضاع ، باب جامع ماجاء في الرضاعة ٤٧٤/٢ رقم (١٦) .

قال مالك : فإنما يغيل اللبن ويكون فيه غذاء ، والوطء يدرُّ له اللبن ويستنزله[١] ، فهو يحرِّم .

قيل لمالك فما الغيلة؟

قال : أن يطأ الرجل امرأته وهي ترضع ، وليست بحامل . ولايكره ذلك ، إذ لم ينهَ عنه النبي صلى الله عليه وسلم[٢] ، وليس كما قال ناس : إن الغيلة أن يغتال الصبي فيرضع بلبن قد حملت أمه عليه ؛ فيكون لما أرضعته بذلك اللبن قد اغتالته[٣] .

قال ابن القاسم : فلم يكرهه مالكٌ لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه[٤] .

قال ابن حبيب[٥] في الواضحة : الغيلة وطء المرضع حملت أم لم تحمل ، أنزل الرجل أو لم ينزل فيها .

وقال : العرب تتقيه شديداً وتقول : لو لم يبق من عُمُرِ المُغَيَّل إلا يومٌ لتبين ذلك فيه بصَرعٍ في جسمٍ أو علةٍ من سَقَمٍ[٦] ، وإنما هَمَّ النبي صلى الله عليه وسلم بالنهي عنها لِمَا عَلِمَ من ضررها[٧] .

قال أبو عمران : ومـاأدري قوله[٨] : أنزل فيها أو لم ينزل ، ومالغيلة إلا الوطء مع الإنزال ، إلا أن يريد أن ماءها هي يُضعِف اللبن[٩] .

---

(١) في ز "ويستمربه" ، وهو تحريف .

(٢) كما في الحديث السابق .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ٢/٤٠٧ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٥) في جميع النسخ "ابن الماجشون" وهو خطأ ، والتصحيح من النوادر .

(٦) قال القرافي بعد ذكره لمعنيي الغيلة : والمتوقع من الفساد إضعاف المني اللبن لمشاركة الرحم الثدي في المجاري ، وإن الحمل يمنع الحيض فينحصر في الجسد فيفسد اللبن ، ولم يشترط عبد الملك الإنزال ، ولعله اكتفى بمني المرأة .
انظر : الذخيرة ٤/٢٧٥ .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٠/ب .

(٨) أي قول ابن حبيب .

(٩) أي إذا أنزلت هي ولم ينزل الرجل . انظر : تهذيب الطالب ل٥٦/أ .

ومن المدونة : قال مالك : فلو أن امرأة رجلٍ ولدت منه فأرضعت ابنه عامين ثم فطمته ؛ ثم أرضعت بلبنها بعد الفطام صبياً ، فهو ابنٌ لزوجها .

قال ابن القاسم : ولو حملت من زوجها فأرضعته وهي حامل ، كان اللبن للفحل .

قال مالك : ولو لم تلد قط وهي تحت زوجٍ فدرَّت فأرضعت صبياً قبل أن تحمل كان اللبن للفحل[1] .

قال ابن القاسم : وإن طلقها زوجها وهي ترضع ولدها منه ؛ فانقضت عدتها وتزوجت غيره ؛ثم حملت من الثاني فأرضعت صبياً ، فإنه ابنٌ للزوج الأول والثاني ، واللبن لهما جميعاً إن كان اللبن الأول لم ينقطع ، وقاله ابن نافعٍ عن مالك.

ومن كتاب ابن المواز : وإذا أرضعت بلبن الزنا [صبياً][2] فهو ابنٌ لها ، ولايكون ابنًا للذي زنى بها ، ولو أرضعت صبيةً فتزوجها الذي زنى بها ؛ لم أقض بفسخه ، وأحب إلي أن يجتنبه من غير تحريم ، واما ابنته من الزنا فلايتزوجها / وإن [١٠٦/ب] كان أجازه ابن الماجشون ، وأباه أصبغ وابن عبد الحكم في ظني[3] ، ومكروهه بيّنٌ لقول النبي صلى الله عليه وسلم لسودة[4] في الولد :

---

(١) انظر : المدونة ٤٠٦/٢، ٤٠٧ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٢) "صبيًا" من النوادر والزيادات .

(٣) في أ "في وطء" .

(٤) هي أم المؤمنين سودة بنت زمعة بن قيس بن عبد شمس القرشية العامرية ، تزوجها السكران بن عمرو ، وأسلمت بمكة قديمًا وبايعت وأسلم زوجها وخرجا جميعاً مهاجرين إلى أرض الحبشة في الهجرة الثانية ، ثم توفي عنها بمكة ، فتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم سنة عشر من النبوة ، وهي أول امرأة تزوجها بعد خديجة ، توفيت في آخر خلافة عمر بن الخطاب ، وقيل : توفيت سنة ٥٤هـ في خلافة معاوية .
انظر : الطبقات ٤٢/٨ ، الإصابة ٣٣٠/٤ .

"احتجبي منه"[١] ، وقد ألحقه بأبيها[٢] وصار لها أخاً في الميراث ، وحجبها عنه لشَبَهِه بعُتبة[٣] ، فكيف يتزوجها عتبة لو كانت جارية؟

وأما لبن الزنا فلايحرِّم ـ يريد من قبل الفحل ـ وأما كل لبن من وطء بفساد[٤] نكاح مما لاحد فيه ، أو وطء لايجوز بالملك فالحرمة تقع فيه من قِبَل الرجل والمرأة ، وكذلك اللبن في ولد الملاعنة يحرم من الرجل والمرأة[٥] .

وقال ابن حبيب : اللبن[٦] في وطء صحيح أو فاسد أو حرام أو زنا فالحرمة فيه من قِبَل الرجل والمرأة ، وكما لاتحل له ابنته من الزنا ؛ كذلك لايحل له نكاح من أرضعته المزني بها من ذلك الوطء ، لأن اللبن لبنه والولد ولده وإن لم يلحق به وقد كان مالك يرى أن كل وطء لايلحق فيه الولد فلايحرِّم لبنه من قِبَل فحله ، ثم رجع إلى أنه يحرِّم[٧] ، وذلك أصح ، وقاله أئمة من[٨] العلماء[٩] .

---

(١) ونص الحديث : عن عائشة رضي الله عنها قالت : اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام ، فقال سعد : هذا يارسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص ، عَهِد إليَّ أنه ابنه ، انظر إلى شبَهه ، وقال عبد بن زمعة : هذا أخي يارسول الله ، ولد على فراش أبي من وليدته ، فنظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه ، فرأى شبهاً بيِّناً بعتبة فقال : "هو لك ياعبد . الولد للفراش وللعاهر الحجر ، واحتجبي منه ياسودة بنت زمعة" . أخرجه البخاري ، كتاب الحدود ، باب للعاهر الحجر ٢٢/٨ ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات ١٠٨٠/٢ رقم (١٤٥٧) .

(٢) في ز "بها" .

(٣) أي عتبة بن أبي وقاص .

(٤) في ز "فاسد" .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٩/ب .

(٦) "اللبن" ليست في أ .

(٧) قال القرافي : وإن انتفى الولد وسقط الحد فالرواية الأخيرة : نشره للحرمة ، لظهور شَبه النكاح المشروع من حيث الجملة . انظر : الذخيرة ٢٧٣/٤ .

(٨) "من" ليست في أ .

(٩) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٩/أ .

وقال سحنون : كل نكاحٍ حرامٍ لايلحق فيه الولد كنكاح الخامسة ، أو الأخت من الرضاعة ، أو متزوجة وهو يعلم بزوجها ، وهو عالمٌ بتحريم ذلك ، ولايعذر بجهلٍ أن الحرمة تقع فيه من قِبَلِ الرجل والمرأة[١] .

قال : وقال عبد الملك : لاتقع بذلك حرمةٌ حين لم يلحق به الولد ، ولايحرم عليه الولد إن كانت ابنة .

قال سحنون : وهذا خطأٌ صُرَاح ، ماعلمت من قاله من أصحابنا غيره . وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم سَودة أن تحتجب من ولدٍ ألحقه بأبيها لِما رأى من شَبَهِهِ بِعُتبة[٢] [٣] .

قال : وكذلك من زنى بها غصبًا [فولدت][٤] فما أرضعت بذلك اللبن يحرم بذلك على الواطئ ، ولايحرم عليه بذلك شيءٌ عند عبد الملك[٥] .

قال عبد الوهاب : ودليلنا أن لبن الفحل يحرِّم ، قوله عليه الصلاة والسلام : "يحرُم من الرضاعة مايحرُم من الولادة"[٦] ، وحديث عائشة رضي الله عنها لمَّا أبت أن تأذن لعمها من الرضاعة ، وقالت : "إنما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل" فقال صلى الله عليه وسلم : "إنه عمُّك فَلْيَلِجْ عليك"[٧] ، ولأنهما يشتركان في اللبن ، ولأنه تحريمٌ يثبت بالنسب فيثبت بالرضاع كتحريم الأمومة[٨] .

ومن كتاب ابن المواز : ويحرِّم بلبن الفحل ؛ فإذا أرضعتك امرأةٌ كان زوجها أبوك من الرضاعة ، وأخوه من النسب أو الرضاعة عمك .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٣٥٩/أ .

(٢) سبق تخريجه قريباً .

(٣) تهذيب الطالب ل٥٦/أ .

(٤) من النوادر والزيادات .

(٥) كما تقدم ، النوادر والزيادات ل٣٥٩/أ،ب .

(٦) سبق تخريجه ص٤٠٣ .

(٧) سبق تخريجه ص٤١٢ .

(٨) انظر : المعونة ٩٥٢/٢ .

قال : وأبوك من النسب إن كان له أخٌ من الرضاعة فهو عمُّك من الرضاع وإن كان لعمِّك من الرضاع[1] أخٌ من نسبٍ أو رضاعٍ آخر لم يكن بينك وبينه تحريم .

ـ **قال الشيخ** : كما لايكون بينك وبين أخت من أرضعته أمُّك تحريم ، وإن كانت أخت أخيك من الرضاعة ـ .

قال ابن المواز : وأخوك من النسب إن كانت له أختٌ من الرضاع فهي لك حلال ، وحلالٌ لولدك ، وهي أخت عَمّه وليست بِعمَّتِه .

قال محمد : وأخوك من الرضاع يحل لك نكاح أخته من النسب والرضاع ما لم ترضعك أمها ، وإلا فلك نكاحها ونكاح أُمِّها[2] .

قال ابن حبيب عن ابن الماجشون : وإذا أرضعت امرأةٌ صبيًّا فكل ولدٍ تقدم لها أو يكون لها أبدًا بولادةٍ أو رضاعٍ إخوةٌ له ، وحرامٌ عليه[3] ، وهم حلالٌ لإخوته[4] .

قال الشيخ : فالأصل في هذا أن كلَّ من اجتمعا على ثدي واحدٍ فهما أخوة رضاع ، والتحريم واقعٌ بينهما ، وأما أخو أخيك من الرضاع فأجنبيٌّ منك ، إذ لم ترضع أنت أمَّه ، وحلالٌ لك أُمُّه وأخته ، وهو كما تقدم لمحمَّد بن المُنْذِر : أجمع كل من يحفظ عنه العلم أن حكم لبن الزوج الأول ينقطع إذا ولدت من الزوج الثاني[5] ، وإنما الاختلاف إذا حملت من الثاني ولم تلد[6] . / [١٠٧/أ]

---

(١) "من الرضاع" ليست في ز .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٧/أ .

(٣) في النوادر زيادة : وكل ولد لفحلها ـ يريد الفحل الذي كان الرضاع أولاً بلبنه .

(٤) أي البنات منهم يحل لإخوته نكاحهن . انظر : المصدر نفسه ل٣٥٧/ب .

(٥) انظر : الإجماع ، تأليف محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري ، تحقيق فؤاد عبد المنعم أحمد ، (الاسكندرية : دار الدعوة ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٢هـ) ص٧٧ .

(٦) تهذيب الطالب ل٥٥/ب .

وفي كتاب محمد عن مالكٍ خلاف ماذكر ابن المنذر : أنها وإن وضعت من الثاني لاينقطع حكم لبن الأول إذا لم ينقطع[١] اللبن[٢] .

وذكر عن أبي عمران أنه قال : لم يختلف أصحابنا في التي تتزوج في العدة ويدخل بها الزوج فتلد ولداً لأقل من ستة أشهر ؛ أن لبن هذا الولد للزوجين جميعاً ، وكذلك إذا نفى الولد أحد الزوجين أو كلاهما أن اللبن لهما .

وذكر أن سحنون يقول : إذا طلق الزوج زوجته وتمادى بها اللبن أنها إذا جاوزت خمس سنين وهي المدة التي تلحق فيها الأنساب ، فلايكون اللبن للزوج[٣].

قال أبو عمران : ومـاأعرف هذا لسحنون ، ولم أره في كتاب ابنه ، وقد استقصى الرضاع فيه ، فإن كان هذا صحيحاً فإنما حدَّ هذا ، لأن الرضاع لايكون أقوى من النسب ، فإذا انقطع النسب لذلك[٤] ؛ فانقطاع الرضاع أحرى ،ويصير كأن هذا اللبن من رجلٍ آخر ، أو يكون هذا خِلْقَةً في المرأة فلايكون ذلك من قِبَلِ الزوج ، وقد يُعترض على هذا بالتي أيست وقعدت عن الولد فتزوجت فدرَّت ، ثم طلقها الزوج ، أو لم يطلقها أليس اللبن له؟ فليس العلة الحمل .

فترجيح الشيخ[٥] في ذلك ، وكأنه نحا إلى أن قول سحنون خلاف المدونة ، إذ ذكر فيها إذا لم ينقطع اللبن من غير حد[٦] ، [٧]والله أعلم .

---

(١) في ز زيادة "حكم" .

(٢)،(٣) انظر : المصدر نفسه ل٥٥/ب ، ٥٦/أ .

(٤) أي بعد مجاوزة خمس سنين .

(٥) أي أبي عمران .

(٦) انظر : المدونة ٢/٤١٠ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل٥٦/أ .

[فصل ٢ ــ في التحريم بلبن البكر واليائسة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا درَّت بِكرٌ[١] لازوج لها أو يائسةٌ من المحيض فأرضعت صبياً فهي أُمٌّ له ، لأن لبن النساء يُحرِّم على كل حال[٢] .

وفي كتاب ابن الجلاَّب في الصغيرة التي لايوطأ مثلها : أن لبنها لاتقع به حُرمة[٣] .

ومن كتاب ابن سحنون : قال ابن القاسم : لو أن امرأة دَرَّ من ثدييها ماء فأرضعت به[٤] صبياً فلايحرِّم به ، ولايُحرِّم إلا باللبن الذي يكون له غذاءً يُغني عن الطعام ، وأما ماء أصفر ونحوه فلا[٥] .

قال : وإن أرضع رجلٌ صبياً ودَرَّ عليه لم تقع به الحرمة[٦] ، لأن الله عز وجل قال : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾[٧] ، فإنما يحرِّم لبن بنات آدم لاماسواه[٨] .

[فصل ٣ ــ في لبن البهيمة هل يحرِّم أم لا؟]

قلت : فلو أن صبيتين غُذِّيتا بلبن بهيمةٍ أتكونا أختين؟

قال : لاتكون الحرمة في الرضاعة إلا بلبن بنات آدم لاماسواه[٩][١٠] .

---

(١) في أ "بلبن" .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤١٠ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٣) انظر : التفريع ٢/٧٠ .

(٤) "به" ليست في أ .

(٥) النوادر والزيادات ل٣٥٦/ب .

(٦) قال الباجي : المعتاد رضاع النساء ، وهذا إن وُجِد فنادرٌ ولايتعلَّق به حكم ، لأنه خارجٌ من غير مخرجه المعتاد فأشبه مصَّ دَمِه . المنتقى ٤/١٥١ .

(٧) سورة النساء : آية ٢٣ .

(٨) انظر : المدونة ٢/٤١٥ .

(٩) "لاماسواه" ليست في ز .

(١٠) انظر : المصدر نفسه ٢/٤١٥ .

[فصل ٤ ـــ في التحريم بلبن المرأة الميتة]

قال : وإذا حُلِبَ من ثدي المرأة لبنٌ ، ثم ماتت ، فَأُوْجِرَ بذلك اللبن صبيٌ ، أو حُلِبَ من لبنها بعد موتها فأُوجِرَ به صبيٌ فالحرمة تقع بذلك ، ولبنها في موتها وحياتها سواء ، وكذلك إذا دَبَّ صبيٌ إلى امرأةٍ وهي مَيِّتةٌ فرَضَعها وقعت به الحرمة إذا عُلِم أن في ثديها لبناً وأنه[1] قد رضعها ، ولايحل اللبن في ضروع الميتة .

قيل : فكيف أوقعت الحرمة بلبن هذه المرأة الميتة ولبنها لايحل؟

فقال : لأن من حلف ألاَّ يشرب لبناً فشرب لبناً ماتت فيه فـأرةٌ ، أو شرب لبن شاةٍ ميتةٍ أنه حانث إلا أن ينويَ اللبن الحلال ، ونكاح الأموات لايحل ، ويُحَد من وطئ ميتة[2] .

ابن المواز : ولاصداق عليه .

قال بعض البغداديين : [3]ويدل على أن لبن الميتة يحرِّم قوله صلى الله عليه وسلم : "لارَضاع إلا مافتَق الأمعاء"[4] ، وقوله : "الرضاع ماأَنبت اللحم وأَنشز العظم"[5] ، ولأن الاعتبار في الرضاع وقوع الاغتذاء به ، وذلك كله[6] موجودٌ في لبن الميتة[7] .

---

(١) "أنه" ليست في ز .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢/٤١٠،٤١١ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٣) في أ ، ب زيادة "هذا" .

(٤) سبق تخريجه ص٤٠٨ .

(٥) سبق تخريجه ص٤٠٩ .

(٦) "كله" ليست في ز .

(٧) قال : فوجب أن ينشر الحرمة أصله اللبن الذي يؤخذ منها حال الحياة . انظر : المعونة ٢/٩٥٠ .

[فصل ٥ ـــ في لبن المرأة يجعل فيه طعام أو دواء]

ومن المدونة : قال[١] : ولبن المرأة إذا جُعِلَ فيه طعامٌ حتى يغيب اللبن فيه ، أو صُنِعَ فيه طعامٌ فكان الطعام الغالب ، ثم طُبِخَ على النار حتى غاب اللبن ، أو صُبَّ في اللبن ماءٌ حتى غاب اللبن وصار الماء الغالب ، أو جُعِل / في اللبن دواء ، [١٠٧/ب] فغاب اللبن في ذلك الدواء فأُطْعِم الصبي ذلك أو سُقِيَه لم تقع الحرمة به ، لأن اللبن قد ذهب ، وليس فيما أُكل أو شُرب لبن يكون به عَيْشُه[٢] .

ابن حبيب :[٣] وقال مطرف وابن الماجشون : أنه يحرِّم وإن غلب عليه ماخرج معه[٤] .

قال عبد الوهاب : وهذا قول الشافعي[٥] ، وقول ابن القاسم هو قول أبي حنيفة[٦] .

فوجه قول ابن القاسم : أن استهلاك اللبن يبطل حكمه ، إذ لايحنث به الحالف ألاَّ يشرب لبناً ، ولأن تعلّق التحريم بالكثير كتعليق وجوب الحد بشرب الخمر ، ثم ثبت أن النقطة من الخمر إذا استهلكت في الماء أنه لايحد شاربه .

ووجه قول مطرف وابن الماجشون : أن اختلاط اللبن لاينفي حكمه كما لو لم[٧] يستهلك فيه ، ولأن الغذاء يحصل للطفل بالمختلط كله[٨] .

---

(١) في أ ، ب "قال مالك" وهو في المدونة من قول ابن القاسم .

(٢) انظر : المدونة ٤١٥/٢ .

(٣) في النوادر : قال ابن حبيب : وماخُلط من دواءٍ بلبنٍ فأُطعم صبياً فابن القاسم لايحرِّم به حتى يكون هو الغالب ، وقال مطرف ...الخ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٦/ب .

(٥) انظر : الأم ٤٩/٥ ، مختصر المزني مع الأم ٢٤٢/٩ .

(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص٢٢٢ ، تحفة الفقهاء ٢٣٩/٢ .

(٧) "لم" ليست في أ .

(٨) انظر : المعونة ٩٥١/٢ .

قال الشيخ : وقول ابن القاسم أصح ، لأن الاعتبار في الرضاع الغذاء وليس في هذا المستهلك غذاء .

ومن كتاب ابن سحنون : قال ابن القاسم : ولو أن امرأةً دَرَّ من ثديها مـاءٌ أصفر ونحوه فأَرضعت به صبياً ؛ فلايحرِّم بـه ، ولايحـرِّم إلا بـاللبن الـذي يكـون بـه الغذاء ويُغني عن الطعام[1] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٦/ب .
وقد تقدمت هذه المسألة قريباً .

[الباب الثالث]
في الشهادة على الرضاع والإقرار[1] به

[فصل ١ ـــ في الشهادة على الرضاع]

وحضَّ النبي صلى الله عليه وسلم على اجتناب الشبهات[2] ، ولقد ألحق الولد بزَمْعَةَ لفراشه ، وأمر سَوْدَة بنت زَمْعَة أن تحتجب منه لمَّا رأى من شَبَهِهِ بِعُتْبَةَ مُدَّعيه[3] ، وهذا من توقّي الشبهات .

قال مالك : وإذا قالت امرأةٌ عدلٌ : كنت أرضعت فلاناً وزوجته ، لم أقض بفراقهما[4] .

ابن وهب : وقاله عمر بن الخطاب[5] .

قال ابن القاسم : وإن عُرِف ذلك من قولها قبل النكاح لم يفرّق بينهما[6] .

---

(١) في ز "والرضاع" .

(٢) لعلّه يشير إلى حديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "الحلال بيّن ، والحرام بيّن ، وبينهما أمورٌ مشتبهات ، فمن اتّقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام" الحديث .
أخرجه البخاري ، كتاب الإيمان ، باب فضل من استبرأ لدينه ١٩/١ ، ومسلم ، كتاب المساقاة ، باب أخذ الحلال وترك الشبهات ١٢١٩/٣ رقم (١٥٩٩) .

(٣) سبق تخريجه ص٤١٥ .

(٤) انظر : المدونة ٤١١/٢ .

(٥) فقد روى ابن وهب عن عبد الرحمن بن أسلم عن أبيه أن رجلاً جاء إلى عمر بن الخطاب بامرأة ، فقال : ياأمير المؤمنين ، إن هذه تزعم أنها أرضعتني وأرضعت امرأتي ، فأما رضاعها امرأتي فمعلوم ، وأما رضاعها إيَّاي فلايُعرف ذلك ، فقال عمر : كيف أرضعته؟ فقالت : مررت به وهو مُلقىً يبكي وأمُّه تُعالج خُبزاً لها فأخذته إليَّ فأرضعته وسكّتته ، فأمر بها عمر فضُربت أسواطاً وأمره أن يرجع إلى امرأته .
المصدر نفسه ٤١٢/٢ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٤١١/٢ .

قال مالك : ويؤمر بالتنزُّه عنها إن كان يثق بقولها ، ولو شهد بذلك امرأتان بعد العقد ، وهما أُمُّ الزوج وأُمُّ الزوجة ، أو أُجنبيتان لم يُقبل قولهما إلا أن يكون ذلك قد فشا من قولهما قبل النكاح عند الأهلين والجيران فيقضى بالفراق بينهما[١].

قال ابن المواز : وإذا لم يكن ذلك من قولهما فاشياً فأحبُّ إليَّ أن ينزِّه نفسه عنها ويتورَّع .

وذكر ابن حبيب عن ابن الماجشون وغيره[٢] : أنه يقضى بالفراق[٣] وإن لم يكن قولهما فاشيا .

قال : وكذلك[٤] رجلٌ وامرأةٌ واحدةٌ وإن لم يكن فاشيا في الأهلين إذا قاموا حين علموا بالنكاح ، ولم[٥] يأت عليهم حالٌ يُتَّهمون فيها ، وقاله أصبغ ، وعليه جماعة الناس[٦] .

ومن المدونة : قال مالك : ولو خطب رجلٌ امرأةً فقالت له امرأةٌ : قد أرضعتكما - وفي رواية يحيى[٧] فقالت له أُمُّ المرأة : قد أرضعتكما - قال مالك : فليتنزَّه عنها على وجه الاتقاء لاعلى وجه التحريم ، فإن تزوجها لايفرق القاضي بينهما .

وإن قال الأب : رضع فلانٌ أو فلانةٌ مع ابني الصغير أو ابنتي ، ثم قال : أردت اعتذارا ، أو قال : كنت كاذباً[٨] ، لم يقبل منه[٩] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٤١١/٢ .

(٢) وهم ابن وهب وابن نافع ومطرف .

(٣) أي بين الزوجين بشهادة امرأتين .

(٤) أي أنه يقضى بالفراق إن شهد رجلٌ وامرأةٌ واحدة .

(٥) في ز زيادة "إن" .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٩/ب ، ٣٦٠/أ .

(٧) هو أبو محمد يحيى بن يحيى بن كثير بن وسلاس الليثي القرطبي ، الإمام الكبير ، الحجة الثبت ، سمع مالكاً والليث وابن وهب وابن القاسم وبه تفقه ، توفي سنة ٢٣٤هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٣٤/١ ، سير أعلام النبلاء ٢٠٠/٩ ، الديباج ٣٥٢/٢ ، شجرة النور ص٦٣ .

(٨) في أ "نادما" .

(٩) أي قوله الأخير ، فلايتزوج الرجل المرأة .

قال ابن القاسم : فإن تزوجها فرق القاضي بينهما ، ويؤخذ[١] بإقراره الأول[٢] .

قال الشيخ : كالمقرّ على نفسه ، لأنه هو العاقد عليها .

قال في كتاب النكاح الثاني[٣] : ومن اشترى جاريةً أو أراد شراءها ، أو خطب امرأةً فقال له أبوه : قد نَكَحْتُ الحرة ، أو وطئت الأمة بشراء ، وأكذبه الابن ، فلايقبل قول الأب إلا أن يكون ذلك من قوله فاشياً قبل الشراء أو النكاح ؛ فأرى له أن يتنزّه عنها ، ولو فعل لم أقض عليه[٤] .

قال الشيخ : لأنه[٥] ليس هو العاقد عليه فيؤخذ بإقراره .

وقال مالك : وكذلك الأم إذا لم يزل يسمعونها تقول : قد أرضعت فلانة / [١٠٨/أ] فلما كبرت أراد الابن تزويجها فلايفعل[٦] .

قال الشيخ : فإن فعل لم يقض بفراقها ، لأن الأم ليست بعاقدةٍ فيؤخذ بإقرارها .

[فصل ٢ ـــ في الإقرار بالرضاع]

ومن الرضاع[٧] : وإذا أقر أحد الزوجين أن الآخر أخوه من الرضاعة قبل أن يتناكحا فسخ نكاحهما إذا شهدت على إقرارهما بذلك بينة .

---

(١) أي الأب .
(٢) انظر : المدونة ٤١٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .
(٣) وهو في المدونة (كتاب النكاح الرابع) .
(٤) انظر : المدونة ٢٤٧/٢ .
(٥) أي الأب .
(٦) انظر : المصدر نفسه ٤١٢/٢ .
(٧) أي ومن كتاب الرضاع في المدونة .

قال ابن القاسم : وليس قول الرجل : هذه أختي ، أو قول المرأة : هذا أخي كقول الأجنبي فيهما ، لأن إقرارهما على أنفسهما بمنزلة البينة القاطعة[١] .

قال أبو القاسم بن الكاتب : وإذا قالت المرأة المدخول بها لزوجها : إنك أخي من الرضاعة ، وصدقها ؛ يجب أن يرجع عليها بجميع الصداق إلا ربع دينار ، كالتي غرت من نفسها وتزوجته في العدة ، ولو لم يصدقها لم يقبل ذلك منها لأنها تتهم على فراقه ،ولو لم يدخل بها وصدقها لم يترك لها شيئاً من الصداق[٢] .

وإذا قالت الأم لرجل : أرضعتك مع ابنتي ، ثم قالت : كنت كاذبة أو معتذرة لم يقبل قولها الثاني ، ولاأحب له[٣] أن يتزوجها[٤] .

قال ابن المواز : فإن تزوج هذا الرجل هذه الصبية بعد قول أمها هذا ، فرق القاضي بينهما ، وقاله ابن حبيب[٥] .

قال أبو محمد وغيره : إنما يؤمر بالتنزه عنها من غير قضاء بخلاف قول الأب[٦] .

قال الشيخ : وهو مذهب المدونة[٧] ، والفرق بين الأب وبين الأم في هذا القول ؛ فلأن الأب هو العاقد على ابنه الصغير وعلى ابنته الصغيرة فصار ذلك كإقراره على نفسه .

فإن قيل : فيلزم على هذا ألا يقبل في ابنه الكبير لأنه يعقد على نفسه؟

قيل : قد مر به حال لايعقد عليه إلا الأب فهو على ذلك .

قال ابن المواز : قول أحد الأبوين ، أو أحد الزوجين قبل النكاح مقبول ويفسخ به النكاح وإن لم يفش في المعارف ، ولايقبل بعد النكاح قول الأب أو الأم

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٢/٤١٢ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٥٥/ب .

(٣) "له" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٢/٤١٢ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٩/ب .

(٦) أي إذا قال : رضع فلان مع ابنتي ، ثم قال : أردت إعتذاراً أو كنت كاذباً ، فيفرق بينهما بقضاء كما تقدم .

(٧) كما تقدم من قول مالك ، انظر ص٤٢٤ .

وإن كانا عدلين ، ولاقول الجارية ، ولاامرأتين عدلتين من غير أمرٍ فاش ، ويؤمر بالتنزُّه ، وإن كان مع المرأتين أمرٌ فاشٍ في المعارف قضي بالفسخ ، وأُمُّ الزوج وأُمُّ الزوجة بعد النكاح كالأجنبيتين[١] ، والأجنبيات قبل النكاح وبعده سواء[٢] .

---

(١) أي في أنه لاتقبل شهادتهما في الرضاع إلا مع فشوّه في المعارف .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل٣٥٩/ب .

[الباب الرابع]
فيمن يحرم نكاحه بالرضاع من النساء

قال الرسول صلى الله عليه وسلم : "يَحرُم من الرَّضاعة مايحرُم من الوِلَادة"[1].

قال ابن القاسم : فلايُجمع بين المرأة وعمتها وخالتها من الرضاعة كالولادة[2] .

قال مالك[3] : والملك والترويج في الرضاعة سواء في الحرمة ، والأحرار والعبيد في حرمة الرضاع سواء ، ويحرم على الرجل امرأة أبيه وابنه[4] من الرضاعة كالنسب .

ومن تزوج صغيرةً بعد صغيرةٍ فأرضعتهما أجنبيةٌ فليختر واحدةً ويفارق الأخرى ، ولايفسد نكاحهما كما يفسد عقد متزوج الأختين في عُقدةٍ لفساد العقد فيهما وصحته في هاتين . ولو تزوج أربع مراضع فأرضعتهن كلهن فله أن يختار أولهن رضاعاً أو آخرهن أو من شاء ويفارق البواقي ، فإن أرضعت واحدة منهن فهن على نكاحهن ، وإن أرضعت ثانية ؛ اختار أيتهن شاء وفارق الأخرى ، فإن فارق الأولى ثم أرضعت ثالثة ؛ اختار ، فإن فارق الثانية ثم أرضعت رابعةً حبس الثالثة إن شاء أو الرابعة وفارق الأخرى ،وإن أرضعتهن كلهن قبل أن يختار واحدةً منهن فله أن يختار واحدةً منهن ؛ إن شاء أولتهن رضاعاً أو آخرتهن أو ماشاء منهن ويفارق البواقي[5] .

قال أبو محمد : وابن القاسم لايرى لمن اختار / فراقها من الأربع صداقاً كالفسخ . [١٠٨/ب]

---

(١) سبق تخريجه ص٤٠٣ .

(٢) انظر : المدونة ٤٠٩/٢ .

(٣) "مالك" ليست في ز .

(٤) "وابنه" ليست في ز .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٤١٤،٤١٣،٤٠٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

وقال ابن المواز : يعطيها ثُمُنَ صداقها ، إذ لـو فـارقهن جميعـاً لم يكـن لهـن إلانصف صداقٍ بينهن .

وقال ابن حبيب : يعطي لكل واحدةٍ ممن يفارق نصف صداقها ، لأنه طلاقٌ باختياره وليس كالفسخ[1] .

ابن القابسي : ومن اختار فراقها فهو فسخ بلاطـلاق عنـد ابـن القاسـم لأنـه لايرى لهن صداقا ، ومن رأى لهن من الصداق شيئاً[2] أوجب عليـه في كـل واحـدةٍ طلقة[3] .

قال الشيـخ : قال بعض شيوخنا : وعلى قول ابن القاسم يكون فراقه طلاقـاً لأنه هو الذي اختار الفسخ فيمن أراد منهن - يريد : وليـس كـل[4] موضـعٍ يكـون الفراق بطـلاقٍ يـلزم فيـه الصـداق ، بـل يوجـد في غـير مـا مسـألةٍ الفسـخ بطـلاقٍ ولايكون في ذلك صداق ، فاعتبر ذلك تجده[5] .

قال الشيـخ : ولاشيء على المرضعة لهن من الصداق وإن تعدت على ذلـك ، على مذهب ابن القاسم ، لأن الزوج لم يجب عليه صداق ، لأنه غير مطلـق ، وأمـا على قول من يرى لهن شيئاً من الصداق فيجب للزوج الرجوع على المتعدية لما غرم كرجوعه على الشاهدين عليه بالطلاق قبل البناء إذا رجعا عن شهادتهما[6] ، وقالـه ابن الكاتب[7] .

قال بعض فقهائنا : ولو مات الزوج قبل أن يختار واحدةً من الأربع لم يجـب عليه إلا صداقٌ واحدٌ للجميع ، وتتفق هاهنا الأقـوال كلهـا[8] ، لأن واحـدةً يصـح

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٥٨/ب .
(٢) كابن المواز وابن حبيب .
(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٥٥/أ .
(٤) في ز "بكل" .
(٥) انظر : المصدر نفسه ل٥٥/أ .
(٦) أي بعد الحكم ، فعليهما نصف الصداق لأنهما أتلفاه عليه .
(٧) انظر : المصدر نفسه ل٥٥/ب .
(٨) أي قول ابن القاسم وقول ابن المواز وابن حبيب وقد تقدمت قريباً .

نكاحها والثلاث محرمات ، فوجب عليه صداقٌ واحدٌ يُقسم على سائرهن ، ولو طلق الأربع قبل أن يختار لوجب عليه نصف صداقٍ يقسم على سائرهن ، وتتفق الأقوال أيضاً[١] فتدبَّر ذلك[٢] .

ابن حبيب : وكذلك المجوسي يسلم وعنده عشر نسوةٍ لم يبن بهن فيختار أربعًا منهن ؛ أنه يعطي لكل من فارق نصف صداقها[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم[٤] : ومن تزوج امرأةً ورضيعتين في عُقدةٍ وسمى لكل واحدةٍ صداقها ، أو في عقودٍ مفترقة ، فأرضعت الكبيرة إحداهما قبل بنائه بالكبيرة وهي في عصمته ، أو بعد أن فارقها حرمت الكبيرة للأبد ، لأنها من أمهات نسائه ، ولاتحرم عليه الصغيرة المرضعة ، لأنها من الربائب اللاتي لم يُدخَل بأمهاتهن ، وإن كان بعد بنائه بالكبيرة حرمت الكبيرة والصغيرة ، وللكبيرة الصداق بالمسيس ، ولاصداق للصغيرة ، تعمَّدت الكبيرة الفساد أو لم تتعمَّده[٥] .

ومن كتاب ابن المواز : ومن نكح امرأةً فمسَّها أو تلـذَّذ منها ، ثم فارقها فبعد عشرين سنةً تزوج رضيعةً فأرضعتها تلك المرأة التي كانت له زوجة لحُرِّمَت الرضيعة عليه ، ولو أرضع زوجته الرضيعة نساء أهل الأرض لحُرِّمْن عليه ، لأنهن يصِرْن أمهات نسائه ، والرضيع إذا زوجه أبوه أو وصيُّه امرأةً ثم بارأ عنه زوجته فتزوجت رجلاً فأولدها ثم أرضعت الصبي الذي كان زوجها وهو في الحولين لحُرِّمت على زوجها ، لأنها من حلائل أبنائه ، إذ صار هذا الصبي ابناً له من الرضاعة ، وكذلك في العتبية عن ابن القاسم[٦] .

---

(١) أي في هذه المسألة .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل٥٥/ب .

(٣) النوادر والزيادات ل٣٥٨ /ب .

(٤) "قال ابن القاسم" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ٤١٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

(٦) العتبية مع البيان والتحصيل ١٥٧/٥ ، النوادر والزيادات ل٣٥٨/أ .

ومن المدونة : ومن تزوج صبيةً فأرضعتها أمه ، أو أخته ، أو جدته ، أو ابنته[1] ، أو ابنة ابنه ، أو امرأة أخيه ، أو ابنة أخيه ، أو ابنة أخته وقعت الحرمة بذلك ، وفرق بينهما ، ولاصداق للصبية على الزوج ولاعلى التي أرضعتها ، وإن تعمَّدت ذلك ، ولكن تُودَّب / المتعمدة . [١٠٩/أ]

قال مالك : وكل مافسد من نكاح مَنْ حَرُم بالرضاع بعد البناء فلها المسمى ولايُلتفت إلى صداق مثلها[2] .

---

(١) "أو ابنته" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٤١٤/٢،٤١٥ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

[الباب الخامس]
جامع القول في الظؤورة[1]

ومن كتاب ابن حبيب : روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن استرضاع الفاجرة[2] ، وأنه عليه الصلاة والسلام قال : "اتقوا إرضاع الحمقى فإنه يُعدِي"[3] .

قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : إن اللبن يَنزع لمن يُسْتَرضَع ؛ فليُسْتَحسن[4] ، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح استرضاع النصرانية[5] .

---

(١) الظؤورة : هي المرضعة لغير ولدها ، وهي مأخوذةٌ من أضْأَرت الناقة على ولدها إذا عَطَفت عليه .
انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص٨٣ ، معجم لغة الفقهاء ص٢٩٥ .

(٢) لم أعثر عليه مرفوعاً ، وعثرت على معناه عن مجاهد قال : كان يكره أن ترضع امرأة بلبن الفجور .
أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب ماقالوا في الرضاع بلبن اليهودية والنصرانية والفاجرة ٤٦/٤ رقم (١٧٦٢٢) .

(٣) أخرجه البيهقي بلفظ "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تسترضع الحمقاء فإن اللبن يشبه" . كتاب الرضاع ، باب ماورد في اللبن يشبه عليه ٧٦٥/٧ رقم (١٥٦٨٢) .
وهذا الحديث قد ضعفه البيهقي فقال : هذا مرسل ، لأن راويه زياد السهمي وهو من الثالثة ، وقال عنه ابن حجر أيضاً : مجهول ، وقد أرسل حديثاً .
التقريب ٣٢٤/١ رقم (٢١١٢) . قلت : ولعل مراده هذا الحديث .
وأخرج الهيثمي بمعناه عند الطبراني في الصغير والبزار ثم قال : وإسنادهما ضعيف . انظر : مجمع الزوائد ، كتاب النكاح ، باب في الرضاع ٢٦٢/٤ .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور بلفظ : إن اللبن يشبه عليه ، أي أنه يورث في الرضيع شبه المرضعة . كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الشؤم ١١٦/٢ رقم (٢٢٩٩) .

(٥) لم أعثر عليه مرفوعاً ، وممن أباح ذلك الحسن البصري وإبراهيم النخعي ، أخرجه سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الشؤم ١١٦/٢ رقم (٢٢٩٧-٢٢٩٨) .

وقال مالك : لابأس باسترضاعها إن أُمِنَت ماتغذّي به الولد من خمرٍ وخنزيرٍ وقد يكون في النصرانية طِبَاعٌ حسنةٌ من عفافٍ وسَخاءٍ ومحاسن أخلاق ، فليس الطباع في الدين وهي في الغرائز[1] .

ومن المدونة : وكره مالك اتخاذ الظؤورة من اليهود والنصارى والمجوس من غير أن يَرى ذلك حراماً وقال : إنما غذاء الصبي مما يأكلن ، وهن يأكلن الخنزير ويشربن الخمر ، ولاآمنُها أن تذهب بالصبي إلى بيتها فتطعمه ذلك ، وكره استرضاع الفاجرة ولم يُحرِّمه[2] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٣٦٠/أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤١٥،٤١٦ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

[الباب السادس]
في رضاع الولد وأجر الرضاع
في الطلاق وغيره

[فصل ١ ـــ في إرضاع غير المطلقات أولادهن]

قال الله تبارك وتعالى : ﴿وَٱلْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[١] .

وقال تعالى في المطلقات : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ...﴾ إلى قوله تعالى : ﴿فَسَتُرْضِعُ لَهُ أُخْرَىٰ﴾[٢] ، فدلّ بذلك أن ذوات الأزواج يلزمهن رضاع أولادهن دون المطلقات ، لأن العرف جارٍ في أغلب أحوال الناس أن المرأة تلي رضاع ولدها من غير تكليف الزوج أُجرة ، والعرف كالشرط[٣] .

قال مالك : فتُجبر ذات الزوج على رضاع ولدها بلاأجرٍ إلا أن تكون ممن لاتُرضع لشرفها فذلك على الزوج[٤] [٥] .

قال الشيخ : لأن العرف أن ذوات القدر والشرف لايكلّفن رضاع أولادهن وأن ذلك على الزوج ، والعرف كالشرط .

قال مالك : وإن مات الأب وللصبي مالٌ فلها ألاّ ترضعه ، وتستأجر له من يرضعه[٦] من ماله إلا ألاّ يقبل غيرها فتُجبر على أن ترضعه بأجرها من ماله[٧] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .
قال القاضي عبد الوهاب عن هذه الآية : وهذا وإن كانت صيغته الخبر فالمراد به الأمر . المعونة ٩٣٥/٢ .

(٢) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٩٣٥/٢ .

(٤) "الزوج" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٤١٦/٢ .

(٦) في ز "وترضعه" .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٤١٦/٢، ٤١٧ .

قال مالك : وإن لم يكن للصبي مالٌ لزمها رضاعه - يريد : وإن كان يقبل غيرها - بخلاف النفقة التي لايقضى بها عليها ، ولكن يستحب لها أن تنفق عليه إن لم يكن له مال[1] .

وقال عبد الوهاب : إذا لم يكن للصبي مالٌ لم يلزمها رضاعه وهو من فقراء المسلمين إلا ألاَّ يقبل غيرها فتجبر حينئذٍ على رضاعه ، كان له مالٌ أو لم يكن ، لأن في ترك رضاعه حينئذٍ إتلافه ، وقد قال الله تعالى : ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾[2][3] .

قال الشيخ : وكذلك نقول ، إن لم يقبل غيرها وليس له مالٌ أنه يلزمها رضاعه ، لأن جَعْلَه من فقراء المسلمين إضرارٌ به ، وقد لايتكَفَّل[4] به أحد ، فيكون في ذلك إتلافه ، وقد قال الله عز وجل : ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[5] ، وقد قال مالك في غير المدونة : وإذا لم يكن لليتيم مالٌ وليس للأم لبن ، أو لها لبنٌ لايكفيه لرضاعه ، فعليها رضاعه ، بخلاف النفقة[6] .

ابن المواز : لقول الله عز وجل : ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ .

قال الشيخ : قال ابن الكاتب : واستدل سحنون أن على الأم رضاعه / إذا [١٠٩/ب] لم يكن له مالٌ ولاأبٌ لقول النبي صلى الله عليه وسلم للتي اعترفت بالزنا : "اذهبي فأرضعيه ..."[7] ، قال : فأَخَّر عنها النبي صلى الله عليه وسلم الحدَّ لرضاع ولدها

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٢/٤١٦،٤١٧ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٣) انظر : المعونة ٢/٩٣٦ .

(٤) في ز "لايتكلف" ، وهو تحريف .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٠/أ .

(٧) أخرجه مسلم ، كتاب الحدود ، باب من اعترف على نفسه بالزنا ٣/١٣٢٣ رقم (١٦٩٥) ، ومالك ، كتاب الحدود ، باب ماجاء في الرجم ٢/٦٢٧ .

وأَمْرُه لها على الوجوب عليها ، إذ لايؤخَّر حدٌ وجب لأمرٍ يُتطوّع به[1] .

وقال إسماعيل القاضي : إنما وجب على الأم رضاعه لقول الله عز وجل : ﴿وَٱلْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[2] ، ولايُسقط ذلك عنها ماكان يجب لها على الزوج من النفقة والكسوة لقوله عز وجل : ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[3] ، لأن الأب مات عديما ، أو أعدَم وهو حي ، ورضاعها قائمٌ في ثدييها ، فإن انقطع دَرُّها بمرضٍ أو غيره لم يكن عليها سبيل ، فإن خِيف عليه الموت لعدم الرضاع ، وجب عليها أن تستأجر من مالها من يرضعه ، وذلك من باب الإعانة ، لأن من خاف على جائعٍ أو عاطشٍ الموت وجب عليه أن يُطعمه ويسقيه إن أمكنه ذلك ، وكذلك كل مضطرٍ فإن إعانته واجبة[4] .

[فصل ٢ ــ في إرضاع المطلقات أولادهن]

ومن المدونة : قال : والرضاع عليها إن طلقت طلاقاً[5] فيه رجعةُ إذا كانت ممن يرضع مثلها ما لم تنقض العدة ، فإذا انقضت ، أو كان الطلاق بائناً و لم تنقض العدة فعلى الأب أجر الرضاع .

قلت : فإن قالت بعدما طلقها ألبتة : لاأرضعه إلا بمئة درهمٍ كل شهر ، وأصاب الزوج من يرضعه بخمسين؟

قال : قال مالك : الأم أحق به بما[6] يرضع به غيرها ، وليس للأب أن يفرق بينه وبينها ، فإن أبت أن ترضعه بذلك فلاحقَّ لها إلا أن يكون الولد لايقبل غيرها وخيف عليه الموت فإنها تجبر على رضاعه بأجر مثلها[7] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٥٦/ب .
(٢)،(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .
(٤) انظر : المصدر نفسه ل٥٦/ب .
(٥) "طلاقا" ليست في أ .
(٦) في أ زيادة "لم" .
(٧) انظر : المدونة ٤١٨،٤١٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٧ .

قال الشيخ : وقوله : إذا وجد الأب من يرضعه بخمسين وقالت الأم : لاأرضعه إلا بمئة ، فقال مالك : الأم أحق به بما يرضعه به غيرها ـ يريد : بأجر مثلها لابخمسين ، وقاله بعض القرويين ، وإليه رجع ابن الكاتب ، وهو الصواب ، وسواءٌ وجد من يرضعه غير الأم أم لا ، لأنها وإن كانت عند الأم فهي التي تباشره بالرضاع والمبيت وذلك تفرقة بينه وبين أمه ، فلذلك كانت الأم أحق به بأجر مثلها وهذا بيّن[١] .

قال مالك :ولو كان الأب معدماً لايجد شيئاً وقد طلقها ثلاثاً فوجد مِن قرابته مَن يرضعه باطلاً[٢] فله ذلك ، ويقال للأم : إما أن ترضعيه باطلاً[٣] وإلا فأسلميه ، وكذلك إن كان الأب ليس بالواجد لايقوى إلا على دون الأجر وأصاب من يرضعه بدون ذلك فللأم[٤] أن ترضعه بما وجد أو تسلمه إن قَبِلَ غيرها وإن كان الأب موسراً ووجد من يرضعه باطلاً فليس له ذلك ، وللأم أن ترضعه بمثل مايرضعه به غيرها[٥] .

قال ابن المواز : وكذلك إن وجد المليئ مَنْ يرضعه بدون الأجر فللأم أخذه بجميع الأجر ، وهذا الذي أَختاره من قول مالك ، وروي عنه : أنها لاتأخذه إلا بما وجد ، والأول أحسن ، وقد قال الله تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[٦] .

[٧]تمّ كتاب الرضاع بحمد الله وحسن عونه
وصلّى الله على سيدنا محمدٍ وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٥٦/ب .
(٢) أي بغير أجر .
(٣) "باطلا" ليست في ز .
(٤) في ز "فلابأس" .
(٥) انظر : المدونة ٤١٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٧،٩٨ .
(٦) سورة الطلاق : آية ٦ .
(٧) "تم ...الخ" ليس في ز .

[الكتاب الخامس]
كتاب إرخاء الستور[1]

[الباب الأول]
في تداعي المسيس بعد إرخاء الستر

[فصل ١ ــ في تصديق المرأة في المسيس والمراد بإرخاء الستر]

ولما ارتفع أن توجد بينة بعد إرخاء الستر صُدِّقت عليه في الوطء كما صُدِّق المعترض في دعوى الوطء مع مانصَّ الله عز وجل من تصديقهن على أمور الأرحام وقطع ماأوجب من الرجعة للأزواج بقولهن ، لقول الله سبحانه : ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾[2] ، واحتج في ذلك زيد بن ثابت أنها تصدَّق في حمل إن ظهر بها[3] ،

---

(١) قال ابن رشد : إرخاء الستور كنايةٌ عن تخلية الرجل مع امرأته وخلوته بها وإن لم يكن ثَمَّ غلق باب ولا إرخاء ستر ، وأصل هذا الباب قول الله عز وجل : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّآ أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾ سورة البقرة : آية ٢٣٧ .
المقدمات الممهدات ٥٣٧/١ .
وقد ذكر المؤلف هذا المعنى من قول ابن أبي زمنين ، وسيأتي قريباً .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٣) وذلك في قضية رُفعت إليه ، فعن أبي الزناد عن أبيه قال : أخبرني سليمان بن يسار ، أن الحارث بن الحكم تزوج امرأةً عربيةً فدخل عليها فإذا هي حضريةٌ فكرهها فلم يكشفها كما يقول ، واستحيا أن يخرج مكانه فَقَالَ عندها ، ثم خرج فطلقها وقال :لها نصف الصداق لم أكشفها ، وهي ترد ذلك عليه ، فرفع ذلك إلى مروان بن الحكم فأرسل إلى زيد بن ثابت فسأله ، فقال زيد : لها الصداق كاملاً ، قال مروان : إنه ممن لايُتَّهم ، قال زيد : أرأيت يامروان لو كانت حُبلى أكنت مقيماً عليها الحد؟ قال : لا . انظر : المدونة ٣٢٣/٢ .
وأخرجها البيهقي ، كتاب الصداق ، باب من قال : من أغلق باباً أو أرخى سِتراً فقد وجب الصداق ٤١٧/٧ رقم (١٤٤٨٦) .

وقضى به عمر بن الخطاب[١] ، وقاله علي بن أبي طالب[٢] وزيد بن ثابت[٣] وغيرهم من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم[٤] .

قال ابن أبي زَمَنِين : المراد بذكر إرخاء الستور خلوة الرجل بأهله والتخلية بينه وبينها ، ولم يُرد به إرخاء الستر ولاغلق باب[٥] .

وسواءٌ في هذا الأصل كانت المرأة صغيرةً أو كبيرةً ، بكراً أو ثيباً ، يتيمةً أو ذات أبٍ ، ممن يُولَى عليها أو لايُولَى عليها ، حرةً أو أمةً ، مسلمةً أو نصرانيةً ، فالقول في ذلك قولها ، لها[٦] وعليها وإن لم تبلغ الصغيرة المحيض إذا بلغت الوطء ، ولاكلام للأب في ذلك ولاللوصي ، لأن هذا مما لايُعرف صدقه ولاكذبه إلا بقولهن فهن فيه مأموناتٌ مقبولٌ قولهن كما هُنَّ مأموناتٌ على الحيض والعدة والسَّقْطِ والولادة ، فقد جعل الله ذلك إليهن في قوله تعالى : ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾[٧] كذلك قال عبد الملك[٨] في جميع هذا[٩] .

وذكر عن سحنون أنه قال : إن كانت بكراً أو أمةً فلاقول لها : إن الزوج لم يطأ[١٠] ، بل يكون لها صداقها كاملاً إلا[١١] أن يكون والد البكر يجيز تصديقها

---

(١) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب إرخاء الستور ٤١٨/٢ رقم (١٢) .

(٢) أخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب من قال من أغلق باباً أ وأرخى ستراً فقد وجب الصداق ٤١٧/٧ رقم (١٤٤٨٣) .

(٣) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب إرخاء الستور ٤١٨/٢ رقم (١٣) .

(٤) كأنس بن مالك وسعيد بن المسيب وربيعة وابن شهاب .
انظر : المدونة ٣٢٣/٢ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٤٨/أ .

(٦) "لها" ليست في أ .

(٧) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٨) في أ "عبد الوهاب" ، وهو خطأ ، والمراد بعبد الملك هنا ابن حبيب .

(٩)،(١٠) انظر : النكت والفروق ل٧٢/ب .

(١١) "إلا" ليست في أ ، ب .

ـ يريد : وكذلك سيد الأمة إذا أجاز تصديقها ـ ولايكون ذلك لوليٍّ أو وصيٍّ في البكر ، ولايحلف الولي في هذا ، بخلاف الاختلاف في الصداق ، لأن الوطء لايُعلم إلا من جهتها ، وأما في الصداق فالولي هو الذي عقد النكاح ، فيحلف ولي البكر في ذلك على ماعقد به النكاح من الصداق [١] الذي يذكره [٢] .

[فصل ٢ ـــ في ماتستحقه المرأة إن طلقت بعد الدخول وقبل المسيس]

ومن المدونة : قال مالك : ومن تزوج امرأةً ودخل بها وأرخى الستر عليها ثم طلقها واحدةً فقال : لم أمسَّها ، وصدقته ، فلها نصف الصداق وعليها العدة ولارجعة له [٣] .

قال الشيخ : وإنما لم يكن لها إلا نصف الصداق لقوله تعالى : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَافَرَضْتُمْ﴾ [٤] ، وإنما كان عليها العدة لأنها حقٌ لله فلايُسقطه إقرارهما ، وإنما لم تكن له رجعةٌ لأنه أقر أنه لم يمسها وأنه لاعدة عليها عنده ، والرجعة إنما تكون فيمن تعتد منه لقوله تعالى ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا﴾ [٥] يعني العدة ، فلما لم تكن عليها عدةٌ عنده لم تكن له عليها رجعة .

ومن المدونة : قال مالك : وكذلك إن تصادقا أنه قَبَّل أو باشر أو جَرَّدَ أو وطئ دون الفرج فإنما لها نصف الصداق إلا أن يطول مُكثه معها يتلذّذ بها .

قال مالك : فيكون لها عليه [٦] الصداق كاملاً .

---

(١) في ز زيادة "واو" .

(٢) تهذيب الطالب ل٤٨/أ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٢٢٠ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٦) "عليه" ليست في ز .

وقال ناسٌ : لها نصفه .

قال مالك : وكذلك الذي لايقدر على امرأته ؛ فيضرب له أجل سنة ، أن عليه الصداق كاملاً إذا فرق بينهما .

وقال ناس : لها نصفه[١] .

قال الشيخ : فوجه قول مالك : فلأنه لما طالت إقامته معها وتلذّذ بها ، فأشبه الوطء في الفرج ، ووجه القول الآخر : فلأنهما متقارران على نفي المسيس وقد قال تعالى : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَافَرَضْتُمْ ...﴾[٢] .

[فصل ٣ ــ في دعوى الجماع]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا قال الزوج بعد أن دخل بها وأرخى السّتر عليها[٣] : لم أجامعها ، وقالت المرأة[٤] : قد جامعني ، صدِّقت عليه ، كان الدخول عنده أو عندها إذا كان دخول اهتداءٍ[٥] ، وعليه المهر كاملاً[٦] .

قال ابن المواز : وعلى المرأة اليمين في ذلك ، فإن نكلت حلف الزوج ، و لم يلزمه لها إلا نصف الصداق ، وإنما جُعِل الستر كالشاهد ، وكذلك في كتاب ابن الحكم[٧] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٣٢٠ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٣) "عليها" ليست في ز .

(٤) "المرأة" ليست في ز .

(٥) أي دخول ابتناء . انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص٩١ ، وسيأتي قريبا ذكر ذلك من المدونة .

(٦) انظر :ا ٢/٣٢٠،٣٢١ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل٤٨/أ .

[فصل ٤ ــ فيمن تعلقت برجل وهي تُدمى]

وقال مالك في التي تعلَّقت برجلٍ وهي تُدمَى : إن لها الصداق بغير يمين ، وقال في الواضحة : عليها اليمين[1] .

قال الشيخ : فوجه ألاَّ يمين عليها : لأنها قد بلغت من فضيحة نفسها ، وأتت بشاهد الافتضاض ـ وهو الدم ـ فقام ذلك مقام الشاهدين / فوجب تصديقها عليه بغير يمين . [١١٠/ب]

ووجه إيجاب اليمين[2] : أن تعلُّقها به ، وظهور الدم عليها يقوم لها مقام الشاهد كإرخاء الستر على الزوجة ، وتسليمها للزوج ، فلايكون أحسن حالاً من الزوجة ، إذ قد يحتمل في هذه أن يكون غيره فَعَله بها ثم فَزَّعَها فتعلَّقت بهذا ، أو تكون كانت رضيت به فلما افتَضَّها تعلَّقت به فلابد أن يكون عليها اليمين .

قال الشيخ : وهذا عندي أعدل .

[فصل ٥ ــ في تداعي الزوجين في المسيس]

ومن المدونة : قال مالك : وإن خلا بها في بيت أهلها غير دخول البناء فطلقها وقال : لم أطأ ، وقالت المرأة : قد مسَّني ، صدق الزوج[3] إلا أن يكون دخوله عليها دخول اهتداء ، والاهتداء هو البناء[4] .

قال مالك : وكان ابن المسيب يقول : إذا دخل الرجل بامرأته في بيتها صُدِّق عليها ، وإذا دخلت عليه في بيته صدِّقت عليه .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٤٨/أ .

(٢) في ز "الدم" .

(٣) في إنكار الوطء ولها نصف الصداق .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٢١ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

قال مالك : وذلك في المسيس[١] .

قال ابن المواز : وكان مالكٌ مرّةً يأخذ بقول ابن المسيب أنه إذا خلا بها في بيتها لم تصدَّق عليه إلا بدخول الاهتداء ، وبه أخذ ابن القاسم . وروى ابن وهب عن مالكٍ أيضاً أنه قال: حيث ماأخذهما القلق وإن كانت زيارةً فالقول قول المرأة وبه أخذ ابن وهب وأشهب وأصبغ ، وهو أشبه بحديث عمر[٢] رضي الله عنه[٣] [٤]

قال عبد الوهاب : وقيل : إن كانت ثيباً فالقول قولها ، وإن كانت بكراً نظر إليها النساء ، فإن رأين افتضاضاً صدِّقت عليه وإن لم يرين افتضاضاً لم يكن لها إلا نصف الصداق .

فوجه الأولى[٥] : أن النزاع في التداعي يرجع إلى العرف ، والعرف جارٍ بأن الرجل ينقبض في غير بيته إذا كان زائراً ، غير مطمئنٍ ، ولاينشَط ، ويستحي من إطلاع أهلها ، فكان القول قوله في أنه لم يطأ لشهادة العرف ، وإذا خلا بها في بيته كان القول قولها ، لأن العرف يصير معها ، لأن الإنسان ينشط في بيته ولاينقبض ، والعادة إقدامه على الوطء ، ولايتوقَّف عنه ، فلذلك صدِّقت عليه .

---

(١) المدونة ٢/٣٢٤ .

(٢) في جميع النسخ ابن عمر ، والتصحيح من النوادر .

(٣) لعل مراده قضاء عمر في أنه إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق،وقد سبق تخريجه من الموطأ انظر ص٤٣٩ .

وأخرجه البيهقي ، كتاب الصداق ، باب من قال من أغلق باباً أو أرخى ستراً فقد وجب الصداق ٧/٤١٦ رقم (١٤٤٧٩) ، وقال البيهقي : قال الشافعي : وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : ماذنبهن إن جاء العجز مِنْ قِبَلِكُم ، وذلك يدل على أنه يقضي بالمهر وإن لم تدَّع المسيس ٧/٤١٧ .

(٤) سواءٌ جمعتهما الخلوة بإغلاق بابٍ أو إرخاء سترٍ أو غيره إلا أنها خلوةٌ بينةٌ وإنما يجب لها بذلك الصداق . انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٥/أ .

(٥) وهي أنه إن كان في منزلها فالقول قوله مالم يكن دخول بناء ، وإن كان في منزله فالقول قولها مع يمينها .

ووجه الثانية[١] : أنها فعلت التسليم والتمكين من الاستمتاع وليست بمنسوبةٍ إلى تفريطٍ بترك التوثق بالإشهاد ، إذ لايمكنها ذلك ، فلو لم تصدق عليه لأدّى ذلك ألاّ يثبت على أحدٍ صداقٌ بوطءٍ إلا باعترافه ، وفي ذلك إضاعة المهور وأعواض الاستمتاع .

ووجه الثالثة[٢] : أنه إذا وجدنا طريقاً إلى اليقين[٣] كان أولى من الظن ، وذلك ممكنٌ في البكر على ماذكرنا من اختبارها بنظر النساء إليها ، وجاز ذلك للضرورة كالعيوب ، ولمّا لم يمكن ذلك في الثيب رُجِعَ إلى قولها ، وكل من حُكِم بقوله فلابد من يمينه ، وهذا الاختلاف إنما هو في تكميل الصداق ، فأما العدة فإنها تجب ولاتسقط ، لأنها حقٌّ لله تعالى فلايُقبل قولها في إسقاطها[٤] .

ومن المدونة : قال ربيعة : الستر بينهما شاهدٌ على مايدعيان ، وله الرجعة إن قال : وطئتها[٥] .

قال ابن المواز : الموضع الذي يُقبل فيه[٦] قولها في إيجاب الصداق يُقبل قوله في إيجاب العدة عليها ، وله الرجعة ، وفي دعواه دفع الصداق إليها[٧] .

قال الشيخ : وبيان كلام محمد : أن الرجل إذا خلا بها في بيته أوكانت خلوة بناءٍ في بيت أحدهما في رواية ابن القاسم ، أو كانت خلوةٌ في بيت أحدهما في رواية ابن وهب ، أن القول قول الزوجة في أنه وطئها ، وأن لها الصداق كاملاً ، وأنها إن أنكرت الوطء في هذه المواضع وادعاه الزوج كان عليها العدة ، وكان له الرجعة فيها ، ويصدق في دفع الصداق إليها ، وإنما تكون له الرجعة إذا ادعى وطأً صحيحاً .

---

(١) وهي أن القول قولها مطلقا .

(٢) وهي ماذكره القاضي عبد الوهاب من التفصيل إن كانت ثيباً أو بكراً .

(٣) في أ ، ب "إلى طريق اليقين سبيلا" .

(٤) انظر : المعونة ٢/٨٦٥،٨٦٦ .

(٥) انظر : المدونة ٢/٣٢٣ .

(٦) "فيه" ليست في ز .

(٧) تهذيب الطالب ل٤٨/أ .

قال ابن القاسم في العتبية : إن دخل بها ووطئها وهي حائض ، ثم طلقها بعد طهرها فلارجعة له ، لأن ذلك ليس بوطء[1] ـ يريد : وفيه الصداق والعدة .

قال الشيخ : أما الصداق فوجب لانتهاكه البضع ، وأما العدة / فللحوق [١١١/أ] الولد فيه ، وأما الرجعة فلاتجب له ، لأن الله تعالى نهى عن وطء الحائض[2] فلايكون مانهى عنه يحل مالأمر به ، كما قالوا في الإحصان والإحلال[3] ، ويحتمل على قول عبد الملك الذي يحل به المطلقة[4] أن يجعل له به الرجعة .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن دخل بها في بيت أهلها غير دخول البناء فطلقها وأنكر الوطء ، وادعته هي فجعلت القول قوله فعلى المرأة العدة إن كان قد خلا بها وليس معها أحد .

قلت : فإن دخل بها في بيت أهلها غير دخول البناء فأقر بالوطء ، وقالت المرأة : ماجامعني؟ قال : إن كان خلا بها وأمكن منها ، ولم تكن خلوة بناء فعليها العدة ولارجعة له ويلزمه الصداق كاملاً ، فإن شاءت أخذته به[5] كله أو نصفه[6] .

وقال سحنون في العتبية : لاتأخذه أبداً حتى تصدق الزوج ، فإن صدقته أخذته كله وإلا فليس لها إلا نصفه[7] .

---

(١) أي ليس بوطء جائز .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤/٤٧٧ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذًى فَٱعْتَزِلُوا۟ ٱلنِّسَآءَ فِى ٱلْمَحِيضِ﴾ .
سورة البقرة : آية ٢٢٢ .

(٣) انظر ص٣٥٩ .

(٤) انظر ص٣٦٠ .

(٥) "به" ليست في ز .

(٦) انظر : المدونة ٢/٣٢١ .

(٧) انظر : النكت والفروق ل٧٣/أ .

قال الشيخ : وليس هذا بخلافٍ لابن القاسم[١] ، وقاله بعض فقهائنا ، قال: ويدل على ذلك قولهم في الذي طلق قبل أن يُعلم له بزوجته خلوة ، فادعى الوطء ، وأراد[٢] ارتجاعها ، قال : لارجعة له وعلى المرأة العدة إن صدقته ولها السكنى والنفقة ، وإن لم تصدقه فلاعدة عليها ولاكسوة لها ولانفقة[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك إن خلا بها في بيت أهلها وليس معهماأحدٌ فأنكرا الوطء جميعاً فلابد من العدة في الخلوة ، ولها نصف الصداق ، ولو كان معها نساءٌ حتى قَبَّل وانصرف بمحضرهن فلاعدة عليها ، ولها نصف الصداق وإن أقر بالوطء بعد أن طلق ولايُعلم له بها خلوةٌ وكذبته فلاعدة عليها ، ولها أخذه بالصداق كاملاً أو بنصفه .

قال مالك : وكذلك إن خلا بها ومعها نسوة ، ثم طلقها فادعى الوطء وأكذبته ، صدقت ولاعدة عليها[٤] .

قال بعض أصحابنا : وامرأةٌ في ذلك وأكثر سواء ، لأن الخلوة لم تثبت فلاعدة عليها[٥] .

قلت[٦] : فإن تزوجها وهي صائمةٌ في رمضان ، أو صيام تطوعٍ ، أو نذرٍ ، أو كفارةٍ فيبني بها نهاراً في صومها ذلك ، ثم طلقها من يومه ، أو خلا بها وهي محرِمةٌ ، أو حائضٌ فطلقها قبل انقضاء إحرامها ، أو قبل غُسلها من حيضتها فادعت هي في ذلك كله أنه وطئها وأنكر الزوج ، قال : قال مالك : هي مصدقة ولها[٧] الصداق إذا أرخيت الستور عليهما وإن كانت حائضاً[٨] .

---

(١) أي في قوله : فإن شاءت أخذته كله أو نصفه .
(٢) في أ ، ب زيادة "إن" .
(٣) انظر : المصدر نفسه ل٧٣/أ .
(٤) انظر : المدونة ٢/٣٢١ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .
(٥) انظر : النكت والفروق ل٤٨/ب .
(٦) القائل هو سحنون .
(٧) في أ ، ب "ولاصداق" .
(٨) انظر : المدونة ٢/٣٢١،٣٢٢ .

قال ابن القاسم : فكل من خلا بامرأة لاينبغي له أن يجامعها في تلك الحال[١] فادعت أنه قد مسها صُدِّقت إذا كانت خلوة بناء ، لأنه قد خلا بها وأمكن منها ، وكذلك قال مالك في المغصوبة يحتملها رجلٌ فيدخلها بيتاً بمُعاينة بينة ، ثم تخرج فتقول : وطئني غصباً ، وهو ينكر ، فلها الصداق[٢] ولاحد عليه[٣] .

قال[٤] في كتاب ابن المواز : مع يمينها ، وعليه الأدب الوجيع[٥] .

قال الشيخ : وحكي لنا عن الشيخ أبي الحسن القابسي فيمن نكح ببعيرٍ شاردٍ ، أو بثمرةٍ لم يبد صلاحها فبنى بها وقالت : وطئني ، وقال : ماوطئتها ، فلها صداق المثل بإرخاء الستر عليها ، ويفسخ النكاح ، لأنه مقرٌ أنه ماوطئها ، فقد أقر أن النكاح باقٍ على الفسخ .

ولو قال : وطئتها ، وأكذبته صُدِّق وبقيا على الزوجية[٦] .

قال بعض فقهائنا : وإنما صُدِّقت المرأة أن الزوج وطئها وإن كانت حائضاً أو صائمةً ونحو ذلك ، وإن كانت هي تدعي الحرام ، لأن السِّتر لها كالشاهد ، فذلك مثل مالو قام شاهدٌ لمدعي الحرام في البيع أن المدعي يحلف مع شاهده وكذلك قال أبو عمران : لو ظهر أنها أخته من الرضاع أو النسب فادعت أنه وطئها عالماً بها لصُدِّقت عليه ، ووجب لها الصداق[٧] .

قال مالك في المدونة : ومن تزوج امرأةً فدخل بها ، ثم طلقها واحدةً قال : ماجامعتها ، وقالت : قد جامعني ، / صدِّقت ولها الصداق وعليها العدة ولايملك [١١١/ب] الرجعة ولايُحِلها ذلك لزوج كان طلقها ألبتَّة إلا باجتماعٍ منهما على الوطء[٨] .

---

(١) مثل أن تكون صائمةً أو محرمةً أو حائضاً .
(٢) في أ ، ب "فلاصداق" .
(٣) انظر : المصدر نفسه ٣٢٢/٢ .
(٤) أي ابن القاسم .
(٥) أي إن أنكر الشهود ، ولاحد على المرأة ولاعلى الشاهدين .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٦/ب .
(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٤٨/أ .
(٧) انظر : المصدر نفسه ل٤٨/أ،ب .
(٨) انظر: المدونة ٣٢٣،٣٢٢/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

قال ابن القاسم : وقد استحسن مالكٌ هذا القول ، ولايحمله القياس ، وأنا أرى أن تُدَيَّن ويخلَّى بينها وبين نكاحها ، وأخاف أن يكون هذا من الذي طلقها ضرراً منه بها في نكاحها .

ولو مات الزوج بعد البناء بيومٍ من غير مناكرةٍ ومثله يطأ ، فادعت الوطء كان أبين في إحلالها بذلك[1] . والله أعلم .

---

(١) أي لمن طلقها ألبتة . انظر : المدونة ٣٢٢/٢، ٣٢٣ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

[الباب الثاني]
جامع ماجاء في الرجعة[١]
ودعوى انقضاء العدة ومايحل من المطلقة[٢]

[فصل ١ ــ في ماجاء في الرجعة]

قال الله تعالى : ﴿لَاتَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾[٣] ، وهو الرجعة ، فزجر الله عن إيقاع الثلاث لئلا يندم فلايكون له سبيل إلى الارتجاع .

ولاتكون الرجعة إلا في المدخول بها فيما دون الثلاث لقوله تعالى : ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِيْ ذَلِكَ﴾[٤] يعني في العدة ، ولاعدة في غير المدخول بها ، وقوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[٥] ، وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : "مُرْهُ فليراجعها" ، قال : فقلت : أرأيت لو طلقها ثلاثا؟ قال : "إذن عصى ربَّه وبانت منه زوجته"[٦] .

وقال تعالى : ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ يريد : قاربن بلوغ أجلهن ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾[٧] .

---

(١) الرَّجْعة لغةً : اسمٌ مشتقٌ من ارتجع المرأة وَرَاجعَها مُرَاجَعةً ورِجَاعًا : أي رَجَعَها إلى نفسه بعد الطلاق ، يقال : طلق فلانٌ فلانةً طلاقًا يملك فيه الرجعة . انظر : اللسان ، مادة (رَجَعَ) .
وشرعاً : هي رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها . شرح حدود ابن عرفة ٢٨٧/١ .

(٢) "ومايحل من المطلقة" ليست في أ ، ب .

(٣) سورة الطلاق : آية ١ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٦) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب قول الله تعالى : ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ ١٦٣/٦ ، ومسلم ، كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ١٠٩٣/٢ ، ومالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الأقراء وعدة الطلاق ٤٥١/٢ .

(٧) سورة الطلاق : آية ٢ .

وجعلهن تعالى مؤتمنات على انقضاء العدة بقوله : ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾[1] ، والزوج ممنوعٌ منها حتى يرتجع بدليل القرآن[2] ، ولها النفقة والسكنى ، ويتوارثان مالم تنقض العدة ، ولاينبغي أن يتلذذ منها بنظرٍ أو غيره ، ولايخلو معها .

ولمالك قول : أنه يدخل عليها ويأكل معها إذا كان معها من يتحفّظ بها ، ثم قال : لايفعل وإن كان معها حافظ[3] ، ولينتقل وقد انتقل ابن عمر[4] .

قال عبد الوهاب : وهي مُحرَّمةٌ مالم يراجعها خلافاً لأبي حنيفة[5] ، لأنها جاريةٌ إلى البينونة ، أصله الكتابية إذا أسلمت بعد الدخول[6] .

ولاخلاف أن الرجعة تصح بالقول وتصح عندنا بالوطء والقُبلَةِ والمباشرة إذا نوى به الرجعة[7] خلافاً للشافعي في أنها لاتكون إلا بالقول[8] ، لأن الوطء يقوم مقام القول ، أصله قول البائع إذا كان له الخيار : قد اخترت ردَّ هذه الأمة إلى

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٨ .
قال القاضي ابن العربي : قوله تعالى : ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ﴾ يقتضي أنهن أزواج بعد الطلاق ، وقوله ﴿بِرَدِّهِنَّ﴾ يقتضي زوال الزوجية ، والجمع بينهما عسير ، إلا أن علماءنا قالوا : الرجعية مُحرَّمةُ الوطء ، فيكون الرد عائداً إلى الحل . أحكام القرآن ١٨٧/١ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٨/ب .

(٤) أي لما طلق زوجته في مسكن حفصة .
أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه ٤٥٣/٢ رقم (٦٥) .

(٥) انظر : مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٥٧/٣ ، تحفة الفقهاء ١٧٧/٢ .

(٦) المعونة ٨٦٠/٢ .

(٧) انظر : التفريع ٧٦/٢ ، الكافي ٦١٧/٢،٦١٨ .

(٨) انظر : الأم ٣٥٢/٥،٣٥٣ ، التنبيه ص١٨٢ .

ملكي ، وهو لو وطئها قبل القول[١] كان وطؤها اختياراً[٢] .

ومن المدونة : قلت : فمن طلق امرأته طلقةً يملك فيها الرجعة[٣] ، ثم قبّلها في العدة ، أو لامس لشهوةٍ أو جامع في الفرج ، أو فيما دون الفرج ، أو جرّدها ، أو نظر إليها ، أو إلى فرجها أيكون ذلك رجعة؟

قال : قال مالك : إن وطئها في العدة ينوي بذلك الرجعة وجهل أن يُشهد فهي رجعة ، وإن لم ينو ذلك فليست برجعة ، وقاله عبد العزيز بن أبي سلمة[٤] [٥]

قال الشيخ : لقوله صلى الله عليه وسلم : "إنّما[٦] الأعمال بالنيات وإنما لكل[٧] امرءٍ مانوى"[٨] ، فلم تصح الرجعة بالوطء إلا بنية .

قال أشهب في مدونته : وكذلك إذا لمسها في عدتها ، أو قبّلها ، أو باشرها أو نظر إلى[٩] فرجها لشهوةٍ ونوى بذلك كله الرجعة فهي رجعةٌ وإلا فلا[١٠] .

قال مالك في المختصر : ولايطؤها إلا بعد الاستبراء من وطئه إن وطئ ولم ينو به الرجعة[١١] .

---

(١) في ز "الوطء" .

(٢) انظر : المعونة ٨٥٩/٢ .

(٣) "يملك فيها الرجعة" ليست في ز .

(٤) هو أبو عبد الله عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون المدني ، الفقيه ، الإمام ، المفتي الكبير ، حدث عن الزهري وطبقته ، قدم بغداد وأقام بها إلى أن توفي سنة ١٦٤هـ .
انظر : الطبقات ٤٨٥/٥ ، سير أعلام النبلاء ٢٣٤/٧ ، شذرات الذهب ٢٥٩/١ .

(٥) انظر : المدونة ٣٢٤/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

(٦) "إنما" ليست في ز .

(٧) "كل" ليست في ز .

(٨) أخرجه البخاري ، باب كيف كان بدء الوحي ٢/١ ، ومسلم ، كتاب الإمارة ، باب قوله صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنية" وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال ١٥١٥/٣ رقم (١٩٠٧) .

(٩) "إلى" ليست في ز .

(١٠) انظر : المنتقى ١١٢/٤ .

(١١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٦/أ .

وقال الليث : وطؤه رجعةٌ وإن لم ينو به الرجعة[١] .

قال الشيخ : فإن[٢] قيل : لِمَ لَمْ يكن وطء المطلق رجعةً وإن لم ينوها عند ابن القاسم كما كان وطء مبتاع الأمة بخيارٍ اختياراً وإن لم ينوه؟

قيل : لأن البائع قد جعل له الخيار وأباح له الوطء به ، فإذا وطئ فقد قبل ماجعل له وتم به ملكه ، ولأنه لو لم يطأ وتمادى على إمساكها حتى ذهبت أيام الخيار وانقطعت عُدَّ بذلك / مختارا ، والزوج لم يجعل له شراء الرجعة فيطالبه بقبولها [١١٢/أ] ولأنه لو تمادى على إمساكها حتى انقضت مدة الرجعة لبانت منه ، بخلاف انقضاء أيام الخيار فدل أن وطأه أضعف من وطء المختار ، وهذا بيِّن[٣] .

ومن المدونة [٤] : ومن طلق فليُشْهِد على طلاقه ورجعته كما قال الله عز وجل[٥] ، وكذلك فعل ابن عمر[٦] ، وقاله ابن المسيب[٧] وغيره[٨] .

وقال مالك في امرأة طلقها زوجها ثم ارتجعها فمنعته نفسها حتى يُشهِد على رجعتها : قد أصابت .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٤٩/أ .

(٢) "فإن" ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٤٩/أ .

(٤) "ومن المدونة" ليست في ز .

(٥) يشير إلى قوله تعالى : ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾ . سورة الطلاق : آية ٢ .

(٦) أي لما طلق صفية بنت أبي عبيد أشهد رجلين ، فلما أراد أن يرتجعها أشهد رجلين قبل أن يدخل عليها .
أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ماقالوا في الإشهاد على الرجعة إذا طلق ثم راجع ٦٠/٤ رقم (١٧٧٦٧) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة أيضاً ، كتاب الطلاق ، باب في الرجل يقول لامرأته : إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ٦١/٤ رقم(١٧٧٨٠) .

(٨) كعمران بن حصين وربيعة . انظر : المدونة ٣٢٥/٢،٣٢٦ .

قال مالك : ومن قال لامرأته : قد راجعتك ، ولم يُشهد فهي رجعة ، وليُشهد فيما يُستقبل ، فإن أشهد قبل انقضاء العدة فهي رجعة ، وإن أشهد بعد انقضائها فليست برجعةٍ وإن صدقته إلا أن يُعلم أنه كان يخلو بها ويبيت معها فيقبل قوله ، كذبته أم صدقته[١] .

قال عبد الوهاب : لأن الإشهاد عندنا استحبابٌ وليس بشرطٍ[٢] خلافاً للشافعي[٣] ، لأنه حقٌ من حقوق النكاح كالظهار والإيلاء ، ولأن الإشهاد معنىً يبيح الوطء كشراء الأمة وليس بآكد من عقد النكاح ، وقد بيَّنا أن الإشهاد ليس بشرطٍ فيه[٤] .

ومن المدونة : وإن قال لها : قد ارتجعتك ، ثم قال : لم أُرِدْ بقولي رجعةً وإنما كنت لاعباً ، لزمته الرجعة إن كانت في عدتها فلارجعة له إلا أن تقوم على ذلك بينة ، يعني تقوم بينةٌ بعد العدة على قوله ذلك في العدة .

وإن قال لها في العدة : كنت ارتجعتك أمس ، صدِّق وإن كذبته ، لأن ذلك يعدُّ مُراجعةً الساعة ، وإن قال لها ذلك وقد انقضت عدتها ؛ لم يصدَّق ، وقاله أشهب .

قال مالك وأشهب : وإن قال لها : إذا كان غداً فقد راجعتك . لم تكن هذه رجعة .

قال أشهب : وإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك في العدة ، فصدقته أو كذبته لم يصدق ولارجعة له إلا ببينة ، أو يُعلم أنه كان يدخل عليها في العدة ، ويبيت عندها ، فيقبل قوله وإن كذبته ، وإقرارها له بالمراجعة بعد العدة إذا لم

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٣٢٤/٢، ٣٢٥ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

(٢) انظر : التفريع ٧٦/٢ ، المقدمات الممهدات ٥٤٨/١ ، بداية المجتهد ٨٥/٢ .

(٣) أي في أنه يشترط ، وهو قول الشافعي القديم ، لذا قال الغزالي : الصحيح الجديد أن الإشهاد لايشترط فيها .
الوجيز ٧١/٢ .

(٤) انظر : المعونة ٨٥٨/٢ .

تُعلم له بها خلوة ، داعية إلى إجازة نكاح بغير صداقٍ ولاولي[١] .

قال : وإن أقام بينةً بعد العدة أنه أقر بالوطء في العدة فهي رجعةٌ إن ادعى الآن أن وطأه أراد به الرجعة[٢] .

قال عنه[٣] ابن المواز : ولو أقام بعد العدة بينةً تَشهد أنه أقر عندهم أنه أغلق عليها باباً ، أو أرخى عليها سِتراً في عدتها ، لم تكن تلك رجعةٌ إن ادعى ذلك الآن بخلاف إقراره بالوطء .

قال ابن المواز : وليس ذلك كالشهادة على الخلوة حتى يكون المقام والدخول والخروج ويُعلم ذلك بغير إقراره[٤] .

ومن المدونة : قال أشهب : وإن طلقها قبل أن تُعلم له بها خلوة ، ثم أراد أن يراجعها وادعى الوطء وأكذبته ، فأقام بينةً على إقراره قبل الفراق بوطئها لم ينتفع بذلك ولارجعة له وإن صدقته ، إذ ليس ببناءٍ معلوم ، ويُتَّهم الزوج أن يقدم هذا القول عُدَّةً ليملك رجعتها ، فلايقبل قوله ، وعلى المرأة العِدة إن صدقته ، ولها السكنى والنفقة ، وإن لم تصدقه فلاعدة عليها ولاكسوة لها ولانفقة ، وكذلك إن أقام بينةً على إقرارهما بذلك قبل الفراق فلايصدَّقان ولارجعة له ، ولها النفقة والكسوة حتى تنقضي عدتها .

وإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك في العدة ، فأكذبته وهي أمة ، وصدقه السيد فلايقبل ذلك إلا بشاهدين سوى السيد ، إذ لاتجوز شهادته على نكاح أمته ولاعلى / رجعتها . [١١٢/ب]

قال مالك : وإذا وضعت الحامل ولداً وبقي في بطنها آخر فزوجها أحق برجعتها حتى تضع آخر ولدٍ في بطنها .

---

(١) قال أشهب : وذلك مالايجوز لها ولا له أن يتزوجها بلاولي ولاصداق .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٢٤،٣٢٥ ، تهذيب المدونة ص٩٨ .

(٣) أي عن أشهب .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٥/ب .

قال ابن وهب : وقاله ابن عباس وابن المسيب[(١)] وغيرهما[(٢)] ، وله الرجعة في عدة المرتابة بالحِسِّ إلى أقصى جلوس النساء ، وإن طلقها قبل البناء فظهر بها حملٌ فلم ينفِهِ فهي له زوجة ، وهي في عدةٍ منه ، وله الرجعة مالم تضع .

قال سحنون في كتاب ابنه : ولو ظهر الحمل بعد موت الزوج فقالت : هو منه ، فإنه يلحق به ويرث أباه ولاترث هي الزوج ، وليس لها إلا نصف الصداق الذي قبضت[(٣)] .

قال أشهب : ومن طلق امرأته واحدةً أو اثنتين فله عليها الرجعة مالم ترَ أول دم الحيضة الثالثة ، فإذا رأته فقد مضت الثلاثة الأقراء التي قال الله تعالى : ﴿وَٱلْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[(٤)] ، ولأن[(٥)] الأقراء إنما هي الأطهار وليست بالحِيَض ، وكذلك قالت عائشة رضي الله عنها[(٦)] وغيرها[(٧)] ، فإذا طلقها وهي طاهرٌ فقد طلقها في طهرٍ تعتد به ، فإذا حاضت حيضةً فقد تمَّ قُرُؤُها ، فإذا طهرت فهو قرءٌ ثان ، فإذا حاضت الثانية فقد تمَّ قرؤها الثاني ، فإذا طهرت فهو قرؤٌ ثالث ، ولزوجها عليها الرجعة حتى ترى أول قطرة دمٍ من الحيضة الثالثة ، فإذا رأت ذلك فقد تمَّ قرؤها الثالث وانقضت الرجعة عنها وحلت للأزواج ، غير أني أحب ألا تعجل بالتزويج حتى يتبين أن الدم الذي رأت في آخر الحيض دم حيضةٍ يتمادى بها فيها ، لأنها ربَّما رأت الدم ساعة ، أو يومًا ثم ينقطع عنها فيُعلم أن

---

(١) أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب المطلقة الحامل في بطنها توأمان ١٧/٧ رقم (١٢٠٠٨،١٢٠١٢) .

(٢) كابن شهاب وربيعة وأبي الزناد وابن قسيط . انظر : المدونة ٣٢٥/٢-٣٣١ .

(٣) النوادر والزيادات ل٣٣٦/ب .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٥) "لأن" ليست في ز .

(٦) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ٤٥١/٢ رقم (٥٤) ، قال ابن حجر : أخرجه مالك في قصة بسند صحيح ، بلوغ المرام ص٢٣٦ .

(٧) وهم : ابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت وربيعة والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله وسليمان بن يسار وابن شهاب وأبو بكر بن عبد الرحمن .
انظر : الموطأ ٤٥٢/٢ ، المدونة ٣٢٧/٢ .

ذلك ليس بحيضٍ تعتد به ، فإذا رأت امرأةٌ هذا في الحيضة الثالثة فلترجع إلى بيتها ، والعدة قائمة ، ولزوجها الرجعة حتى تعود إليها حيضةٌ صحيحةٌ مستقيمةٌ[(١)] .

قال أشهب وابن وهب : وبه[(٢)] قضى زيد بن ثابت[(٣)] ، وقالته عائشة رضي الله عنها : إن لها أن تنكح في دمها من الحيضة الثالثة .

قال أشهب : وقاله عمر[(٤)] وابن عباس ، وكذلك قال ابن القاسم : أن للزوج الرجعة مالم تر أول دم الحيضة الثالثة في الحرة ، والثانية في الأمة[(٥)] .

[فصل ٢ ــ في دعوى انقضاء العدة]

قال : ومن قال لمعتدة : قد راجعتك ، فأجابته نَسَقاً بكلامه : قد انقضت عدتي ؛ فإن مضت مدةٌ تنقضي في مثلها العدة صدِّقت بغير يمينٍ وإلا لم تصدَّق[(٦)] .

وقضى أَبان بن عثمان[(٧)] في مطلقةٍ ادعت بعد خمسةٍ وأربعين يوماً أن عدتها قد انقضت أنها مصدقة وتحلف[(٨)] .

وليس العمل على أن تحلف إذا ادعت ماتحيض في مثله[(٩)] .

---

(١) المصدر نفسه ٣٢٦/٢ .

(٢) "به" ليست في ز .
والمراد بقوله : به ، أي بأن المطلقة الرجعية إذا دخلت في دمها من الحيضة الثالثة فقد حلت للأزواج .

(٣) فقد قال ابن شهاب : قضى زيد بن ثابت أن تنكح في دمها ، كما في المدونة .

(٤) الذي في المدونة ابن عمر .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٣٢٦/٢ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٣٢٨/٢ .

(٧) هو أبان بن عثمان بن عفان بن أبي العاص الأموي المدني ، إمامٌ ، فقيهٌ ، سمع أباه وزيد بن ثابت ، ولي المدينة لعبد الملك بن مروان سبع سنين ، توفي سنة ١٠٥هـ .
انظر : الطبقات ١١٥/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٠٩/٥ .

(٨) انظر : المدونة ٣٣٠/٢ .

(٩) وهذا من قول أشهب كما في المدونة .

وذكر عن سحنون أنه قال : أقل ذلك أربعون ليلة .

قال الشيخ : وقيل : شهرٌ إن أمكن ذلك ، وكذلك يجب أن يكون معلَّقاً بالإمكان في أغلب العادة .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن أشهد على رجعتها فصمتت ، ثم ادعت بعد يومٍ أو أقل أن العدة قد انقضت قبل رجعته لم تصدق وتمت الرجعة ، وإذا قالت المعتدة : قد دخلت في أول دم الحيضة الثالثة ، ثم قالت : كنت كاذبة ، ونظرها النساء فلم يرين بها حيضاً ؛ لم يُنظَر إلى قولهن ، وبانت بأول قولها إن مضت مدةٌ تنقضي في مثلها العدة ، وإن ادعت أنها أسقطت فذلك لايخفى على الجيران ، ولكن الشأن أن تصدق بغير يمينٍ وإن بعد يومٍ من طلاقه أو أقل أو أكثر ، ولاينظر إلى الجيران ، لأنهن مأموناتٌ على فروجهن ، ولو رجعت فقالت : كنت كاذبة ، ونظرها النساء فلم يرين بها حيضاً لم ينظر إلى قولهن ، وبانت بأول قولها ، لأن ذلك داعيةٌ[1] إلى إجازة النكاح بغير صداقٍ ولاولي .

قال مالك : وتنقضي العدة بما أسقطت المرأة مما يعلم النساء أنه ولدٌ من دمٍ أو مُضْغَةٍ أو عَلَقَة ، وتكون / به الأمة أم ولد ، وإذا قالت المطلقة : حضت ثلاث حيض في شهر ، سئل النساء فإن أمكن ذلك عندهن صدِّقت . [١١٣/أ]

قال أشهب : وإن قالت : حضت ثلاث حيض في شهرين ، فقال لها الزوج: قد قلت بالأمس أو قبله : أنك لم تحض شيئاً ، فصدقته ، لم يقبل قولها الثاني إلا أن يقيم الزوج بينةً أنها قالت ذلك ، فتكون له الرجعة إن لم يمض من يوم[2] القول ماتحيض فيه ثلاث حيض ، وإن مضى ذلك فلارجعة له عليها[3] وإن رجعت عن قولها : إنها قد حاضت ثلاث حيض[4] .

---

(١) "داعية" ليست في أ .

(٢) في أ "قول" .

(٣) "عليها" ليست في ز .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٢/٣٢٧-٣٣١ ، تهذيب المدونة ص٩٨،٩٩ .

ومن العتبية : قال مالك فيمن طلق امرأته طلقةً واحدةً وأعطته مالاً في العدة على ألاَّ رجعة له عليها قال : أراه خُلعا ، وتلزمه طلقةٌ بائنةٌ ، وقاله ابن القاسم[1] .

وقال أشهب : إن شاء راجعها ، فإذا راجعها ردَّ إليها ماأخذ منها[2] .

وروى الدِّمْيَاطي[3] أن ابن وهب[4] قال : لاتلزمه غير الطلقة الأولى ولارجعة له عليها[5] .

فصل [٣ ــ في رجعة المريض والمحرم والعبد]

قال ابن المواز : وللمريض أن يرتجع وكذلك المحرم ، أو هي محرمة ــ يريد بالإشهاد ـ ويرتجع العبد بغير إذن سيده وإن كره ، كانت زوجته أمةً له أو لغيره .

قال : والرجعة أن يُشْهِدَ بها ، أو يطأ ، أو يُقَبِّل ، ينوي بذلك الرجعة ، ولو نوى الرجعة بقلبه لم ينفع إلا بفعلٍ مع النية مثل جَسَّةٍ لشهوةٍ ، أو ضَمَّةٍ ، أو ينظر إلى فرجها وماقارب ذلك من محاسنها ، فإن لم يفعل ذلك لم تنفعه النية[6] .

قال : والأمة لاتقبل شهادة سيدها بعد العدة بالرجعة وإن صدقته الأمة .

قال أشهب : إلا أن يشاء الزوج أن يدفع ثلاثة دراهم فتكون امرأته ، شاء السيد أو أبى ، لأنه أقر أنها امرأته[7] .

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٣٦/٥ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٣٠١/٥ .

(٣) هو عبد الرحمن بن أبي جعفر الدِّمْيَاطِي ، روى عن مالك ، وتفقه بكبار أصحابه كابن وهب وابن القاسم وأشهب ، وكتبه تُعرف باسم الدمياطية ، توفي سنة ٢٢٦هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٥٣٢/١ ، الديباج ٤٧١/١ ، شجرة النور ص٥٩ .

(٤) "أن ابن وهب" ليست في ز .

(٥) النوادر والزيادات ل٣٣٤/أ .

(٦) في ز "البينة" ، وهو تصحيف .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل٣٣٥/أ،ب ، ٣٣٦/أ .

وذكر أن أبا عمران قال : وكذلك إذا تقارر الزوجان بعد العدة على أن الزوج ارتجع في العدة فليقدم الزوج ربع دينارٍ ويزوجها وليها ، وتجبر الزوجة على ذلك ، كقول أشهب في مسألة الأمة ، وترجح في ذلك[1] .

قال أبو عمران : وإذا أقر الزوج في العدة أنه راجع ثم أنكر الرجعة أنه يكون ذلك منه كطلاقٍ ابتدأه .

وسئل عن الذي يطلق امرأته واحدة ، ثم يتمادى على وطئها من غير أن يريد الرجعة حتى تمضي ثلاث حيض ثم يحنث بطلاقها ثلاثاً هل يلزمه ذلك الطلاق؟

فقال : يلزمه ذلك كالنكاح المختلف في فساده يطلق فيه ، وقد قال الليث : إن وطأه رجعة وإن لم ينو به الرجعة ، وقاله ابن وهب في الدمياطية[2] ، فلاأقل أن يكون هذا كالنكاح المختلف فيه[3] .

---

(١) أي أبي عمران ، انظر : تهذيب الطالب ل٤٨/ب .

(٢) وهي كتب عبد الرحمن بن أبي جعفر الدمياطي ، كما في ترجمته ، وقد تقدمت قريباً .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٤٩/أ .

[الباب الثالث]
جامع القول في متعة المطلقة[١]

[فصل ١ ـــ في مشروعية متعة المطلقة]

قال الله تعالى : ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[٢] ، وقال : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[٣] فقُصرت هذه على ذلك[٤] ، ودلَّ أن الأمر بالمتعة ندب لافرض قوله تعالى : ﴿حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾[٥] ، ولأن الطلاق تأثيره الإسقاط دون الإيجاب ، دليله سقوط نصف المسمى قبل الدخول ولأنه نوع من الفراق كالموت .

[فصل ٢ ـــ فيمن تستحق المتعة ومن لاتستحقها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : قال مالك : ولكل مطلقة المتعة ؛ طلقت واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، إلا المطلقة قبل البناء وقد سمَّى لها صداقها فحسبها نصفه ولامتعة لها ، وإن لم يسم فليس[٦] لها إلا المتعة .

---

(١) المتعة لغة : قال الأزهري : فأما المتاع في الأصل فكل شيء ينتفع به ويتبلَّغ به ويتزوَّد ، والفناء يأتي عليه في الدنيا . انظر : اللّسان ، مادة (متَع) .
والمراد بمتعة المطلقة : هي مايعطيه الزوج لزوجته عند الفراق تسلية لها لما يحصل من ألم الفراق. الفواكه الدواني ٣٨/٢ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٤١ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

(٤) أي أن قوله تعالى : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ خصَّصت عموم الآية الأولى وهي قوله تعالى : ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ فيكون المراد بأن متعة الطلاق حق للمطلقات إلا المطلقة قبل الدخول المسمى لها .

(٥) أي بعد الأمر بالمتعة بقوله : ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ﴾ سورة البقرة : آية ٢٣٦ .
فالتعبير بالإحسان صرَّف الحق عن الوجوب ، لأن الوجوب لايتقيد بالمحسنين .
انظر : المصدر نفسه ٣٩/٢ .

(٦) "فليس" ليست في أ .

ابن وهب : وقاله ابن عمر[١] .

قال ابن القاسم : وإن كانت مدخولاً بها وقد سمى لها في أصل النكاح مهراً أخذته به[٢] مع المتعة ، وإن لم يسم لها أخذت صداق مثلها مع المتعة .

قال : ولامتعة للمختلعة ولاللمصالحة ولاللمفتدية وللمبارية .

قال ابن القاسم : ولم يختلف في هذا عندنا ، دخل بها أو لم يدخل ، سمّى لها صداقًا أو لم يسمه ، لأنها اشترت / منه[٣] الطلاق بالذي أعطته فكيف ترجع [١١٣/ب] وتأخذ منه ، ولقد سئل مالك عن المفتدية قبل البناء بمال دفعته لزوجها على أن خلّى سبيلها ففعل ، ثم قامت بعد ذلك تطلبه بنصف صداقها؟

فقال مالك : لاشيء لها ، هي لم تخرج من حِبَاله إلا بأمرٍ غرمته له ؛ فكيف تطلبه بنصف الصداق . وقال الليث مثله .

قال ابن القاسم : ولامتعة للملاعنة ولاللأمة تعتق[٤] فتختار نفسها ، دخل بهن أم لا ، سمى لهن صداقاً أم لا .

قال ابن وهب : قال ابن عمر : ليس من النساء شيءٌ إلا ولها المتعة إلا الملاعنة والمختلعة والمبارية والتي تطلق ولم يبن بها وقد فرض لها فحسبها فريضته[٥].

قال ابن شعبان[٦] : وجعلت المتعة بدلاً من غمّ الطلاق وهمّه عليهن وسقط المتاع عن المختلِعات والمفتديات والمباريات ، لأنهن يُعْطِيْن فكيف يأخذن ، ولأنهن مختاراتٌ للطلاق فقد سقط عنهن همّه،وسقط ذلك عن المُلاعنات لأن مايُعطَين غير

---

(١) أخرجه مالك ،كتاب الطلاق ، باب ماجاء في متعة الطلاق ٤٤٩/٢ رقم (٤٥) .

(٢) "به" ليست في ز .

(٣) "منه" ليست في أ .

(٤) في تهذيب المدونة زيادة "تحت عبد" .

(٥) انظر : المدونة ٣٣٢/٢-٣٣٤ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

(٦) هو أبو إسحاق محمد بن القاسم بن شعبان المصري ، المعروف بابن القُرْطي ، فقيهٌ ، عالمٌ ، وَرِعٌ ، إليه انتهت رئاسة المالكية بمصر ، من مؤلفاته : الزاهي في الفقه ، أحكام القرآن ، مختصر ماليس في المختصر ، كتاب النوادر ، كتاب الرواة عن مالك ، توفي سنة ٣٥٥هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٢٩٣/٢ ، سير أعلام النبلاء ٢٣٦/١٢ ، الديباج ١٩٤/٢ ، شجرة النور ص٨٠ .

مُسْقطٍ لما أُصِبْنَ به ولاأضعافه ، ولأنهن غير مطلقاتٍ ، إذ كنَّ لايحللن أبداً ، ولو كنَّ مطلقاتٍ لحللن بعد زوجٍ أو قبله[١] .

قال الشيخ : قال بعض فقهاء القرويين : للمخيَّرة والمملَّكة المتعة إذا قضت بالفراق ، لأن الفراق إنما صار إليها من قِبَلِ الزوج ، وكذلك الذي تزوج على الحرة أمةً فتختار نفسها لها المتعة ، لأن الطلاق بسببه ، وليست كالمعتقة تحت عبدٍ فتختار نفسها[٢] ، لأن هذا أمرٌ لاصُنْعَ للزوج فيه ، وأما المفتدية فلاشيء لها وإن كان بسبب الزوج لأنها تُعطِي فمُحالٌ أن تُعطَى[٣] .

[فصل ٣ ــ في إمتاع العبد مطلقته]

ومن المدونة : قال مالك : وعلى العبد إذا طلق امرأته المتعة ولانفقة عليه[٤] .

قال الشيخ : قيل : إنما ذلك إذا كان الطلاق بائناً ؛ وأما إذا كان رجعياً فعليه النفقة ، وهذا معنى مافي المدونة والله أعلم .

قال مالك في كتاب ابن عبد الحكم : ليس للسيد أن يمنعه من المتعة[٥] .

قال أبو بكر الأبهَري : لأنها من حقوق النكاح وليس للسيد منعه من حقوق النكاح والطلاق وأشباه ذلك ، وقد قال الله تعالى : ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[٦] ، وقال تعالى : ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ﴾[٧] فعَمَّ الأزواج ، سواءٌ كان حراً أو عبداً[٨] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٤٩/ب .
(٢) أي فليس لها متعة كما تقدم قريباً من قول ابن القاسم .
(٣) انظر : النكت والفروق ل٧٤/ب .
(٤) انظر : المدونة ٢/٣٣٢ .
(٥) تهذيب الطالب ل٤٩/أ .
(٦) سورة البقرة : آية ٢٤١ .
(٧) سورة البقرة : آية ٢٣٦ .
(٨) المصدر نفسه ل٤٩/أ .

[فصل ٤ ــ في أن التداعي في المسيس يسقط المتعة]

قال مالك : ومن خلا بزوجته وأغلق بابه وأرخى الستر عليها وقد سمى لها فطلقها وقال : لم أمسها ، وقالت : قد مسني ؛ فالقول قولها في الصداق[١] .

قال ابن القاسم : ولامتعة لها ، لأنه يقول : طلقت قبل أن أَمَس[٢] وقد فرضت فليس عليَّ إلا نصف الصداق[٣] ، فلايصدق في الصداق ويصدق في المتعة[٤] .

قال الشيخ : إذ[٥] لايقضى بها .

[فصل ٥ ــ فيمن لهن حكم الحرة المسلمة في المتعة ومن لامتعة عليه]

قال مالك : وللصغيرة والأمة والمدبرة والمكاتبة وأم الولد والذمية حكم الحرة المسلمة في المتعة والطلاق[٦] .

ومن النكاح الثاني : وكل مافسخ قبل البناء لفساد صداقه فلامتعة فيه ، وكذلك إن لم يفسخ حتى طلقها قبل البناء فلامتعة عليه[٧] .

---

(١) لأنه قد دخل بها . انظر : المدونة ٢/٣٣٣ .
(٢) "قبل أن أمس" ليست في ز .
(٣) "الصداق" ليست في أ ، ب .
(٤) انظر : المصدر نفسه ٢/٣٣٣ .
(٥) "قال الشيخ : إذ" ليست في أ ، ب .
(٦) انظر : المصدر نفسه ٢/٣٣٣،٣٣٤ .
(٧) انظر : المصدر نفسه ٢/٢٤٣ .

ومن إرخاء الستور : قال ربيعة : إنما يؤمر بالمتاع مَنْ لارَدَّة[1] له عليها[2] - يريد من لارجعة له عليها[3] .

قال فَضْل[4] : فإذا طلق واحدةً أو اثنتين لم يؤمر بالمتعة حتى تنقضي العدة[5]

قال ابن وهب : ولو ارتجعها فلامتعة لها ، لأن المتعة عوضٌ من الفُرقة[6] .

ابن القاسم : ولامتعة في نكاحٍ مفسوخ .

- ابن المواز : إذا فسخ - ولافيما يدخله الفسخ بعد صحة العقد مثل ملك أحد الزوجين صاحبه .

قال : ولايحاصُّ الغرماء بالمتعة .

قال ابن القاسم : وإن جهل المتعة حتى مضت أعوامٌ فليدفع ذلك إليها وإن تزوجت ، أو إلى ورثتها إن ماتت[7] .

قال أصبغ : لاشيء عليه إن ماتت ، لأنه عوضٌ لها ، وتسليةٌ[8] من الطلاق فقد / انقطع ذلك[9] . [١١٤/أ]

---

(١) "لا" ليست في ز .

(٢) المصدر نفسه ٣٣٤/٢ .

(٣) "عليها" ليست في ز .

(٤) هو فضل بن سلمة بن جرير الجهني ، كان بصيراً بالمذهب حافظاً له متقناً ، سمع سعيد بن نمر وأحمد بن سليمان ، له تآليف منها : مختصر المدونة ، واختصر الواضحة والموازية ، وله كتاب جمع فيه مسائل المدونة والمستخرجة والمجموعة . توفي سنة ٣١٩هـ .
انظر : الديباج ١٣٨/٢ ، شجرة النور ص٨٢ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٤٩/أ .

(٦)،(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٧/ب .

(٨) في ز "أو" بدل "الواو" .

(٩) المصدر نفسه ل٣٣٧/ب .

قال الشيخ : وإذا دخل بزوجته فقال : ماوطئتها ، وقالت : وطئني ، فوجب لها عليه نصف جميع الصداق فطلقها ، فله أن يحسب المتاع في نصف الصداق ، أو في صداق المثل إن كان نكح على تفويض ، لأنه يقول : لاصداق علي في التفويض وإنما عليّ من[1] المسمى نصفه ؛ فله[2] أن يحسب المتعة في ذلك ، ونحوه لأبي عمران[3] .

[فصل ٦ ــ في قدر المتعة]

ومن المدونة : قال مالك : وليس للمتعة حدٌّ معلوم[4] .

قال ابن المواز : وهي على قدر حال الرجل مع قدر حال المرأة[5] .

ومن المدونة : قال مالك : ولايجبر من أباها ، لأن الله تعالى إنما جعلها حقاً على المتقين[6] ، وعلى المحسنين[7] فلذلك خُفِّفت ولم يُقضَ بها .

قال غيره : وإذا كان الزوج غير مُتّقٍ ولامُحسنٍ فلاشيء عليه .

---

(١) "من" ليست في أ ، ب .

(٢) في أ ، ب "قبل" .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٤٩/ب .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٣٤ .

(٥) النوادر والزيادات ل٣٣٧/ب .

(٦) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٤١ .

(٧) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٦ .

وقال ابن أبي سلمة : المتاع أمرٌ رغّب الله فيه وأمر به ، ولم يُنزّل بمنزلة الفرض من النفقة والكسوة ، وليس تعدى عليه الأئمة[(١)] كما تعدى على الحقوق .

وقال ابن عباس رضي الله عنهما وغيره[(٢)] : أعلى المتعة خادمٌ أو نفقةٌ ، وأدناها كسوة[(٣)] .

وقال ابن حُجَيْرَة[(٤)] : على[(٥)] صاحب الديوان[(٦)] متعة ثلاثة دنانير[(٧)] .

[تمّ كتاب إرخاء الستور] [(٨)]

---

(١) في جميع النسخ "الأمة" والتصحيح من المدونة ، والمراد لاتقام بها دعوى .

(٢) وهم : سعيد بن المسيب وابن يسار وعمر بن عبد العزيز ويحيى بن سعيد كما في المدونة .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ماقالوا في أرفع المتعة وأدناها ١٤٦/٤ رقم (١٨٧٠٨) .

(٤) هو عبد الرحمن بن حُجيرة الخَولاني المصري ، قاضي مصر وأمين خزانتها ، أحد رجال الحديث الثقات ،ولاّه عبد العزيز بن مروان القضاء وبيت المال ، توفي سنة ٨٣هـ .
انظر : شذرات الذهب ٩٣/١ ، الأعلام ٣٠٣/٣ .

(٥) في أ ، ب "أعلى" .

(٦) الديوان : هو الدفتر الذي يكتب فيه أسماء الجيش وأهل العطاء ، وأول من دوّن الديوان عمر رضي الله عنه ، وهو فارسيٌ معرّب ، انظر : اللسان ، مادة (دَوَنَ) .
فيكون المراد بصاحب الديوان : الذي له عطاءٌ من بيت مال المسلمين .

(٧) انظر : المدونة ٣٣٣/٢،٣٣٤ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

(٨) ليست في جميع النسخ .

[الكتاب السادس]
كتاب الخلع[1] [2]

[الباب الأول]
في الخلع والصلح والفدية والمباراة وكيف إن وقع بغرر

[فصل ١ ـ في الخلع وأدلة مشروعيته وبعض مسائله]

قال الله تعالى : ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[3] ، وقال تعالى : ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾[4] ، وقد أباح الرسول صلى الله عليه وسلم لثابت بن قَيس[5] رضي الله عنه أن يأخذ منها ماأعطاها[6] ، وقد زادته على حديقته التي أخذت منه ، وأمرها النبي صلى الله

---

(١) "كتاب الخلع" ليست في ز .

(٢) الخلع لغة : خَلَعَ الشيء يَخلَعُه خَلْعاً،واختَلَعه : كَنَزَعَه . اللسان ، مادة (خَلَعَ) .
قال أبو منصور : خَلَع امرأته وخَالعَها إذا افتدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه ، وسمي ذلك الفراق خُلعاً ، لأن الله تعالى جعل النساء لباساً للرجال والرجال لباساً لهن فقال عز وجل: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ﴾ سورة البقرة : آية ١٨٧ .
وشرعاً : هو عقد معاوضة على البُضع تملك به المرأة نفسها ويملك به الزوج العوض . شرح حدود ابن عرفة ٢٧٥/١ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٤) سورة النساء : آية ٤ .

(٥) هوثابت بن قيس بن شَمَّاس بن زهير بن مالك بن امرئ القيس الأنصاري الخزرجي ، خطيب الأنصار ، شهد أحداً ومابعدها من المشاهد ، قُتل يوم اليمامة شهيداً .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ١٩٣/١، الإصابة ١٩٧/١ .

(٦) في أ ، ب "ماأعطته" .

عليه وسلم بالعدة ، وقال : هي واحدة[١] .

قال مالك : لم أزل أسمع إجازة الفدية بأكثر من الصداق لهذه الآية[٢] ولهذا الحديث[٣] [٤] ، وقال الشافعي : إنه[٥] فسخٌ بغير طلاق[٦] .

قال الشيخ : ودليلنا[٧] : قوله صلى الله عليه وسلم : "هي واحدة" وهذا نص،ولأن كل فرقةٍ يجوز الثبوت على النكاح مع الحال الموجبة لها فإنها طلاقٌ لافسخ ، اعتباراً بفرقة العنّين والمُولي عكسه الرضاع والملك[٨] .

وروى عيسى عن ابن القاسم في المرأة الناشز تقول : لاأصوم ولاأصلي ولاأتطهّر من جنابة ، فلايجبر على فراقها ، فإن شاء فارق وحل له ماأخذ منها[٩] .

قال الشيخ : واختلف شيوخنا إذا ثبت ضرر الزوج وقد أخذ بالدَّرَك حميلاً.

فقيل : له متابعة الحميل ، لأنه هو أدخله في زوال عصمته ، وقيل : لايرجع بشيءٍ لسقوط ذلك عنها ، وهذا كاختلافهم في الحمالة في البيع الفاسد ، قاله بعض فقهائنا[١٠] .

---

(١) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه ١٧٠/٦ ، ومالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الخلع ٤٤٣،٤٤٢/٢ رقم (٣١) .

(٢) أي السابقة وهي قوله تعالى : ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ .

(٣) أي حديث ثابت بن قيس رضي الله عنه .

(٤) انظر : المدونة ٣٤١،٣٤٠/٢ .

(٥) أي الخلع .

(٦) وهو أحد قوليه ، والصحيح من مذهبه أنه طلاق .
انظر : الأم ٢٩٠/٥ ، الوجيز ٤١/٢ .

(٧) أي على أن الخلع طلاق .

(٨) المعونة ٨٧١/٢ .

(٩) النوادر والزيادات ل٣٢٧/ب .

(١٠) انظر : تهذيب الطالب ل٥٠/أ .

ومن **المدونة** : قال مالك : وإذا كان النشوز من قِبَلِهَا جاز للزوج ماأخذ منها بالخلع وإن كان أكثر من الصداق ورضيت[١] ولم[٢] يضر بها ، وإن كان لخوف ضرره ، أو لظلمٍ ظلمها ، أو[٣] أضرَّ بها لم يجز أخذه ، وإن أخذ شيئًا رده ومضى الصلح[٤] .

قال القاضي عبد الوهاب : وقال الشافعي : لايرد شيئا[٥] . فأما نفوذ الطلاق فلأنه هو ألزم نفسه ، وأما رد ماأخذه منها فلأنه كان عليه إزالة الضرر عنها بغير عوض ، ومالزم الإنسان إزالته بغير عوضٍ لم يجز له أخذ العوض عليه[٦] .

ومن **العتبية** : قال عيسى عن ابن القاسم : إذا صالحته على شيءٍ أعطته إياه وعلى رضاع ولده ؛ ثم جاءت بعد سنةٍ بامرأتين شهدتا أنها خالعته عن ضررٍ فقال: تحلف معهما ويرد عليها / ماأعطته وتأخذ منه أجر رضاع ولده[٧] . [١١٤/ب]

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا أقامت بعد الخلع بينةً[٨] يشهدون على السماع أنه كان مُضِراً بها فذلك جائز ، وهل يُشهَد في ذلك إلا على السماع ، ليسمع الرجل من أهله ومن الجيران ، ويكون فاشياً ، ويجوز في ذلك شاهدان على السماع البين والأمر بالمعروف ، ولايمين في ذلك .

قيل : فإن شهد واحدٌ على البتات أن زوجها كان يضر بها ويضيِّق عليها أتحلف معه؟

قال : كيف يعرف ذلك؟

قال : يقول سمعت سماعاً منتشراً واستبان لي .

---

(١) في ز زيادة "به" .

(٢) في أ ، ب "وإن لم" .

(٣) "أو" ليست في أ ، ب .

(٤) انظر : المدونة ٣٣٥/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

(٥) الذي في الأم : أنه يرد ماأخذ منها،كقول مالك . انظر : الأم ١٦٤/٥ .

(٦) انظر : المعونة ٨٧٠/٢ .

(٧) العتبية مع البيان والتحصيل ٢٥٦/٥ .

(٨) في أ زيادة "أنه" .

قال عيسى له[١] : وانظر فيه .

وقال أصبغ : هو جائزٌ وإن لم يكن غيره ، فإن كان معه[٢] سماعٌ منتشرٌ وإلا حلفت ورد عليها ماأخذ منها ومضى الفراق .

وقد سألت ابن القاسم عنه بعد ذلك فقال : هذا لأن يمينها على مالٍ ، وإذا أقامت بينةً أنه كان يغضها لم ينفعها إلا بالبينة على الضرر ، وقد يغضها ولايظلمها ، ومن الضرر الموجب لرد ماأخذ منها أن يؤثِر عليها أخرى ولايفي بحقها في نفسه ولافي ماله .

ويجب عليه إذا لم ترض بالأثرة عليها أن يفارقها بغير فداءٍ أو يعدِل[٣] .

ومن المدونة : ابن وهب : قال ابن شهاب : وإذا استخفت المرأة بحق زوجها فنشزت عليه وأساءت عشرته وأحنثت[٤] قسمه ، أو خرجت بغير إذنه ، أو أذنت في بيته لمن يكره وأظهرت له البغض ، فإن ذلك مما يحل له بالخلع ، وإن كانت هي تؤتى من قِبَلِهِ فلايجوز خلعها .

وقال بُكَير بن الأشج : لاأرى امرأةً أبت أن تخرج مع زوجها إلى بلدٍ من[٥] البلدان إلاناشزاً[٦] .

[فصل ٢ ــ في الصلح وأدلته]

قال ابن القاسم : ويجوز أن يأخذ منها على إمساكها ، أو يعطيها ماترضى به[٧] معه على أن تقيم معه على الأثرة في القسم من نفسه وماله وذلك الصلح

---

(١) "له" ليست في ز .
(٢) في ز "فإن لم يكن معه" .
(٣) النوادر والزيادات ل٣٢٧/ب .
(٤) في أ ، ب "وأحانت" ، وهو تحريف .
(٥) "بلد من" ليست في ز .
(٦) انظر : المدونة ٣٤١/٢، ٣٤٢ .
(٧) "به" ليست في أ ، ب .

الذي قال الله تعالى : ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا﴾[1] ولا يأثم في الأثرة بعد ذلك ، وقاله جماعة من التابعين[2] .

قال ابن وهب عن ابن شهاب : أن رَافع بن خَدِيج[3] تزوج جارية شابةً وعنده بنت محمد بن مَسْلَمة[4] وكانت قد خَلَت[5] فآثر الشابة عليها ، فاستأذنت عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : "يارافع اعدل بينهما وإلا فارِقها" فقال لها رافع في آخر طلقة : إن أحببتِ أن تقرّي على ماأنتِ عليه ، وإن أحببت أن أفارقك فارقتك ، فقالت : بل أستقرُّ على الأثرة ، ولم يرَ رافعٌ أن عليه إثماً حين رضيت بأن تستقر عنده على الأثرة ، قال : فنزل القرآن : ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِن بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾[6] [7] .

---

(١) سورة النساء : آية ١٢٨ .

(٢) وهم : سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وربيعة .
انظر : المصدر نفسه ٢/٣٣٥،٣٣٦ .

(٣) هو رافع بن خديج بن رافع بن عدي الأنصاري الأوسي ، شهد أحداً ومابعدها ، جُرِح يوم أحد ، وانتقضت جراحته في آخر حياته ، ثم مات من ذلك سنة ٧٣هـ في خلافة معاوية .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ١/٤٨٣ ، الإصابة ١/٤٨٣ .

(٤) هو محمد بن مسلمة بن سلمة بن خالد بن عدي الأنصاري الأوسي ، حليف بني عبد الأشهل أسلم قديماً على يد مصعب بن عمير ، شهد بدراً وأحداً وبعض المشاهد ، كان من فضلاء الصحابة ، واستخلفه النبي صلى الله عليه وسلم على المدينة في بعض غزواته ، وهو ممن ذهب إلى قتل كعب بن الأشرف وإلى ابن أبي الحقيق . توفي بالمدينة سنة ٤٣هـ ، وقيل ٤٦هـ .
انظر : الطبقات ٣/٣٣٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣/٣١٥ ، الإصابة ٣/٣٦٣ .

(٥) أي كبرت .

(٦) سورة النساء : آية ١٢٨ .

(٧) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب جامع النكاح ٢/٤٣٢ رقم (٥٧) ، وابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في الرجل يكون له المرأة فتقول : اقسم لي ٣/٤٩١ رقم (١٦٤٦٣، ١٦٤٦٥) .

قال ابن وهب عن يونس[١] عن أبي الزناد قال : بلغنا أن سودة أم المؤمنين كانت قد أسنّت ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لايكثر منها ، وعرفت ذلك منه فتخوّفت أن يفارقها فقالت : يارسول الله أرأيت يومي الذي كان يصيبني منك فهو لعائشة ، وأنت منّي في حلٍّ ، فقَبِل ذلك منها[٢] [٣] .

قال ربيعة : إن رضيت بغير نفقةٍ ولاكسوةٍ ولاقَسمٍ فما رضيت به من ذلك جاز عليها[٤] .

قال مالك : والُمختَلِعة : التي تختلع من كل الذي لها ، والُمبارية : التي تباري زوجها قبل البناء فتقول : خذ الذي لك وتاركني ، والمفتدية : التي تفتدي ببعض مالها وتحبس بعضه . وذلك كله سواءٌ وهي طلقةٌ بائنةٌ .

قال : والخلع والمباراة عند السلطان أو غيره جائز[٥] .

قال القاضي عبد الوهاب : وقال أبوثور في الُخلع : هو طلقةٌ رجعيةٌ[٦] ، والدليل لمالك[٧] : أن المرأة إنما تبذل العوض لإزالة الضرر عنها وفي ثبوت الرجعة عليها تبقية الضرر ، ولأن ثبات / الرجعة في ذلك جمع للزوج بين العوض والُمعوَّض [١١٥/أ] وذلك مالاسبيل إليه[٨] .

---

(١) أي يونس بن يزيد الأيلي ، وقد سبقت ترجمته ص٦٩ .

(٢) "منها" ليست في ز .

(٣) فكان صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومين ، يومها ويوم سودة .
أخرجه البخاري ، كتاب النكاح ، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك ١٥٤/٦ ، ومسلم ، كتاب الرضاع ، باب جواز هبتها نوبتها لضرتها ١٠٨٥/٢ رقم (١٤٦٣) .

(٤) انظر : المدونة ٣٣٦/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٣٤٣/٢،٣٤٥ .

(٦) انظر : المقدمات الممهدات ٥٦١/١ .

(٧) أي على أن الخلع طلقة بائنة .

(٨) انظر : المعونة ٨٧١/٢ .

ابن وهب : وقال عثمان بن عفان وجماعةٌ من الصحابة[١] والتابعين[٢] : إنها طلقةٌ بائنة[٣] .

---

(١) كعلي وابن مسعود ، أخرجهما سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الخلع ٣٣٩/١ رقم (١٤٥٠،١٤٥١) .

(٢) وهم : سعيد بن جبير وشريح ويحيى بن أبي سلمة والزهري ومكحول .
أخرجها ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ماقالوا في الرجل إذا خلع امرأته كم يكون من الطلاق ١٢٢/٤ رقم (١٨٤٢٨-١٨٤٤١) .

(٣) إلا أن يسمّى شيئاً فهو على ماسمى .
وقد أخرج أثر عثمان ابن أبي شيبة أيضاً ١٢١/٤ رقم (١٨٤٢٣) .

[الباب الثاني]
في الخلع بمجهول أو غرر أو حرام
أو يقارنه بيع

[فصل في الخلع بمجهولٍ أو غرر]

قال الله تعالى : ﴿فَلَاجُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[1] فعمّ ، فلذلك جاز الخلع عندنا بالغرر والمجهول كالعبد الآبق والجمل الشارد فإن سلم أخذه وإلا فلاشيئ له[2] [3] خلافاً لأبي حنيفة[4] والشافعي[5] في منعهما ذلك ، ولأنه يجوز أن يملك في الهبة والوصية فجاز في الخلع[6] .

ومن المدونة : قلت : فمن خالع زوجته على عبدِها بعينه ولم تصفه له ولارآه الزوج قبل ذلك ، أو تزوجها على مثل هذا؟

قال : قال مالك : يفسخ هذا النكاح قبل البناء ويثبت بعده ، ولها صداق المثل.

قال ابن القاسم : وأما الخلع فيجوز ، ويأخذ العبد الذي خالعها عليه كمن خالع على ثمرةٍ لم يبد صلاحها ، أو على بعيرٍ شاردٍ، أو[7] عبدٍ آبقٍ ، أو جنينٍ في بطن أمه ، أو بما تلد غنمها ، أو بثمرة نخلها العام ، فذلك جائزٌ لازمٌ له ، وله مطالبة ذلك كله على غرره بخلاف النكاح .

قال غيره : ولأنه يرسل من يده بالغرر ولايأخذ به[8] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .
(٢) في أ ، ب "عليه" .
(٣) انظر : التفريع ٨٢/٢ ، المقدمات الممهدات ٥٦١/١ .
(٤) انظر : تحفة الفقهاء ٢٠١/٢ .
(٥) انظر : الأم ٢٩٤/٥ ، الوجيز ٤٣/٢ .
(٦) انظر : المعونة ٨٧٣/٢، ٨٧٤ .
(٧) في أ ، ب زيادة "على" .
(٨) انظر : المدونة ٣٣٦/٢، ٣٣٧ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

ومن كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم[١] : وإذا خالعها على جنين في بطن أمه فهو له إذا خرج ، ويجبران على الجمع بينهما فيباع مع أمه .

قال أصبغ : ولاأحب الخلع بالجنين ولاالثمرة غيرمُزْهِيَةٍ فإن وقع مضى ، وهو آخر قولَي ابن القاسم[٢] .

ومن كتاب ابن المواز : وإن قالت لـه : خالعني على مافي يدي ، فرضي ففتحت يدها فلم يجد شيئاً فقال أشهب : لايلزمه طلاق ، وكذلك إن وجد حَجراً فإن وجد ماينْتفع به كالدرهم ونحوه لزمه الخلع .

وقال عبد الملك[٣] : يلزمه الخلع بما غرَّته ، وقاله[٤] محمد وسحنون .

قال عبد الملك : ولو قالت له : خالعني بهذا العبد[٥] ، وليس هو لها لم يلزمه الفراق ، لأنه طلق على أن يتم له ذلك ، فأما لو كان بيدها بشبهة ملك ، ثم استحق فالفراق لازمٌ ويطلبها بقيمته[٦] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فإن خالعته على ثوبٍ هَرَوِي[٧] ، ولم تصفه جاز ، وله ثوبٌ وَسَطٌ من ذلك ، وإن خالعها بدنانير ، أو بدراهم ، أو بعروضٍ موصوفةٍ إلى أجلٍ فجائز ، وإن خالعها على مالٍ إلى أجلٍ مجهول ، كان حالاً ، لأن مالكاً قال فيمن باع إلى أجلٍ مجهول : أن القيمة فيه حالَّةٌ في فَوْتِ السلعة .

قال ابن القاسم : وإن خالعها على عبدِها ، على أن زادها الزوج ألف درهم جاز ، بخلاف النكاح ، لأنه إن كان في قيمة العبد فضلٌ عن الألف فقد أخذت منه نصفها بذلك الفضل ، وإن كانت كفافاً فهي مبارأةٌ ، وقد أجاز مالك

---

(١) "قال ابن القاسم" ليست في ز .
(٢) النوادر والزيادات ل٣٢٨/أ .
(٣) في ز "عبد الوهاب" وهو خطأ .
(٤) في أ "وقال" .
(٥) أي وأشارت إلى رجل .
(٦) انظر : المصدر نفسه ل٣٢٨/ب .
(٧) نسبة إلى هراة ، وهي مدينة مشهورة من أمهات مدن خراسان . انظر : معجم البلدان ٣٩٦/٥ .

أن يتابرءا بغير شيءٍ وهي طلقةٌ بائنةٌ ، وإن كانت قيمته أقل من الألف فهو كمن صالح زوجته على أن يعطيها من عنده مالاً فالصلح جائز ولايرجع عليها بشيءٍ مما دفع إليها[١] .

قال ابن المواز : قال أصبغ : فإن كان هذا العبد آبقاً فصالحها عليه على أن زادها عشرة دنانير فسد الصلح بينهما ، ويرد الآبق / والدنانير . [١١٥/ب]

قال ابن المواز : هذا إن كانت قيمة الآبق عشرة دنانير فأقل لم يكن للزوج فيها شيءٌ وارتجع دنانيره وبقي العبد للمرأة ، وإن كانت قيمة هذا الآبق خمسة عشر ديناراً كان للزوج ثلثه في الخلع ويرجع ثلثاه للمرأة ، وترد العشرة دنانير إلى الزوج وتكون المرأة والزوج شريكين في العبد على الثلث والثلثين ، لأن الخلع إنما وقع بما فضل من قيمته عن العشرة دنانير ، وكذلك إن صالحها ببعيرٍ شارد ، أو بجنينٍ في بطن أمه ، أو بثمرةٍ لم يبد صلاحها على أن زادها عشرة دنانير ، فإن كانت في الجنين والبعير والثمرة فَضْلةٌ عما دفع الزوج من الدنانير كانت الفضلة للزوج بالخلع فإن لم يكن في ذلك فضل لم يكن للزوج شيءٌ من ذلك وارتجع دنانيره منها .

قيل لابن المواز : فمتى تكون القيمة؟

قال : يوم يخرج الجنين ، ويوجد العبد والبعير ، وتُجَدُّ الثمرة[٢] .

قال الشيخ : وقول ابن المواز هذا على قياس قول ابن نافع في مسألة من صالح من مُوضِحَةٍ عمداً ومُوضِحَةٍ خطأً على شقص ، لأن المرأة دفعت العبد عن معلومٍ ومجهولٍ وهو الدنانير والبُضْع ، فجعل للدنانير من قيمة العبد قدرها ، فإن فضلت فضلةٌ من قيمة العبد كانت للخلع ، كما جعل في مسألة الموضحتين ، فضلة قيمة الشقص على الخمسين دية موضحة الخطأ ، ومافضل[٣] لموضحة العمد ، فإن لم يكن في قيمة الشقص فضلة عن الخمسين لم يكن للعمد شيء ، وأما على قياس[٤]

---

(١) انظر : المدونة ٣٣٧/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٨/أ،ب .

(٣) "ومافضل" ليست في ز .

(٤) "قياس" ليست في ز .

قول ابن القاسم فيكون في هذه المسألة نصف الآبق للعشرة دنانير فيفسخ فيه البيع ، وترد المرأة العشرة دنانير[١] ، ويكون نصفه الآخر للزوج لحق الخلع ، وهذه[٢] المسألة في العتبية[٣] ، وفي[٤] كتاب ابن سحنون زيادات يطول شرحها وهذا أحسن ذلك .

ومن المدونة : وإن خالعها على دراهم أرتها إياه فوجدها زُيُوفاً فله البدل كالبيع[٥] ، وإن كان على عبدٍ بعينه فاستُحِق رجع بقيمته كالنكاح به[٦][٧] .

---

(١) "دنانير" ليست في ز .

(٢) في ز زيادة "في" .

(٣) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٠٩/٥، ٣١٠ .

(٤) "في" ليست في أ ، ب .

(٥) وذكر عن أبي عمران أنه إن اشترطت عليه أنها لاتعرف الدراهم ، وإن كانت زيوفاً فلابدل علي فيها فلها شرطها ، ويكون ذلك كالخلع على الغرر . تهذيب الطالب ل٥٢/ب .

(٦) "به" ليست في ز .

(٧) انظر : المدونة ٣٣٧/٢، ٣٣٨ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .
ولم يذكر في جميع النسخ باقي مااشتمل عليه عنوان الباب ، وهو الخلع بحرام ، والخلع يقارنه بيع ، فلعله ساقط من جميعها .

[الباب الثالث]
في نفقة الحامل المختلعة والمبتوتة والوكالة على الخلع

[فصل ١ ــ في نفقة الحامل المختلعة والمبتوتة]

قال الله تعالى في المطلقات : ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾(١) فأوجب الله تعالى السكنى لكل مطلقةٍ بائنةٍ بلانفقة إلا أن تكون حاملاً فجعل لها السكنى والنفقة ، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قَيس(٢) وهي مبتوتةٌ ولاحمل بها : "لانفقة لك"(٣) (٤) .

قال مالك : فكل حاملٍ بانت من زوجها ببتاتٍ ، أو خُلعٍ ، أو غيره وقد علم بحملها أم لا ، فإن لم تتبرأ من نفقة حملها ، فلها النفقة في الحمل والسكنى والكسوة ، وليس لنفقتها حدٌ معلومٌ على غني ، ولامسكن في القرى ولافي المدائن لغلاء سِعْرٍ ولالِرُخصه ، وذلك على قدر عُسره ويُسره ، وإن اتسع أخدمها .

وإن مات قبل أن تضع حملها فقد انقطعت نفقتها(٥) .

---

(١) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٢) هي فاطمة بنت قيس بن خالد القرشية الفهرية ، أخت الضحاك بن قيس ، كانت من المهاجرات الأول ، وكانت ذاتجمالٍ وعقلٍ ، وكانت عند أبي بكر بن حفص المخزومي فطلقها ، ثم أشار عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم بأسامة بن زيد فتزوجته .
انظر : الطبقات ٢١٣/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٧١/٤ .

(٣) أخرجه مسلم ، كتاب الطلاق ، باب المطلقة ثلاثاً لانفقة لها ١١١٤/٢ رقم (١٤٨٠) .

(٤) انظر : المعونة ٩٣٢/٢ .

(٥) انظر : المدونة ٣٣٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

ابن وهب : وقاله[١] جابر بن عبد الله[٢] وأبو أُمَامة بن سَهل بن حَنيف[٣][٤] وابن المسيب وابن يسار وغيرهم[٥] .

قال مالك : وإن بانت منه بما ذكرنا وهي غير حاملٍ فلانفقة لها ولاكسوة ، ولها السكنى في العدة ، ولارجعة له عليها ، ولايتوارثان ، وإن كان طلاقه فيه رجعةٌ فلها النفقة والكسوة والسكنى كانت حاملاً أم لا ، ويتوارثان مالم تنقض العدة[٦] .

[فصل ٢ ــ في الوكالة على الخلع]

قال مالك :ومن وكَّل من يصالح عنه زوجته لزمه صلح الوكيل في غيبته[٧] .

ابن القاسم : وإن وكَّل بذلك رجلين ، فخالعها أحدهما ، لم يجز إلا باجتماعهما جميعا[٨] ، كما لو وكَّلهما على بيعٍ أو شراءٍ ، بخلاف رسُولَي الطلاق[٩] . / [١١٦/أ]

---

(١) أي القول بأن من مات زوجها وهي حامل فلانفقة لها ، حسبها ميراثها .

(٢) هو جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري السلمي ، أحد المكثرين عن النبي صلى الله عليه وسلم ، شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو صغير ، وشهد الخندق ومابعدها من المشاهد ، وكان كثير العلم ، توفي بالمدينة سنة ٧٨هـ وقيل ٧٤هـ وعمره أربع وتسعون سنة .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٢٢٢/١ ، الإصابة ٢١٤/١ ، شذرات الذهب ٨٤/١ .

(٣) "ابن حنيف" ليست في أ ، ب .

(٤) هو أبو أمامة أسعد بن سهل بن حنيف الأنصاري الأوسي المدني ، ولد في حياة النبي صلى الله عليه وسلم ، سمي أسعد باسم جده لأمه أسعد بن زرارة نقيب بني النجار ، وكنيّ بكنيته ، كان من علماء المدينة وفقهائها ، روى عن أبيه وعمر وعثمان وزيد بن ثابت ومعاوية وغيرهم توفي سنة ١٠٠هـ .
انظر : الطبقات ٦١/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٤/٥ ، شذرات الذهب ١١٨/١ .

(٥) كعمرة بنت عبد الرحمن وعبد الله بن أبي سلمة وربيعة . المدونة ٣٣٩/٢ .
وقد أخرج أثر جابر وسعيد بن المسيب عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب النفقة للمتوفى عنها ٣٨،٣٧/٧ رقم (١٢٠٨٥،١٢٠٨٨) .

(٦)،(٧) انظر : المدونة ٣٣٩،٣٣٨/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

(٨) "جميعا" ليست في أ ، ب .

(٩) انظر : المدونة ٣٣٩/٢ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

[الباب الرابع]
في خلع غير المدخول بها

قال الله تعالى : ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾[١] فعم[٢] ، فسواءٌ كانت الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها فإنه يحل للزوج ماأخذ منها إذا كانت الإساءة من قِبَلِهَا .

قال ابن القاسم : فإن صالحته ، أو بارءته على المتاركة ، أو خالعته على أن أعطته عبداً أو مالاً وذلك قبل البناء فليس لها أخذه بنصف الصداق ، وإن قبضته جميعه ردته ، وقلنا ذلك في المتاركة بغير شئ ، فإذا ردت كان أبعد أن ترجع بشيء ، وقاله مالك والليث .

ولو سألته الطلاق قبل البناء على عشرة دنانير من صداقها ـ ابن المواز عن مالك : أو خالعته عليها[٣] من صداقها ـ فإن لها نصف مابقي بعد العشرة ، قبضتها أو لم تقبضها[٤] .

قال ابن المواز عن مالك : وأما في الخلع المبهم فلاشئ لها من المهر ، أعطته على الخلع شيئاً أو لم تعطه ، قاله مالك وأصحابه وغيرهم في التي لم يدخل بها خلا أشهب فإنه جعل لها أن ترجع عليه بنصف صداقها ويكون له ماأعطته .

قال ابن القاسم : وأما المدخول بها فتصالحه على شئ من مالها ، فإن لها أن ترجع بمؤخَّر صداقها ، بخلاف التي لم يبن بها[٥] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأما إن قالت له قبل البناء : طلقني طلقةً على عشرة دنانير ، ولم تقل من صداقي ، ففعل ، غرمت العشرة دنانير التي شرطتها ، لأنها اشترت بها طلاقها ، وكان لها نصف صداقها ، وكذلك إن قالت

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٢) "فعم" ليست في ز .

(٣) أي على عشرة دنانير من صداقها قبل البناء .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٣٩،٣٤٠ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٣١/ب ، ٢٣٢/أ .

له قبل البناء : طلقني طلقة بغير شيء ؛ فإنها تتبعه بنصف الصداق وإن لم ينقدها إياها .

ـ ابن المواز : وذلك بخلاف الخلع المبهم[١] ـ .

ابن القاسم : ولاتخرج العشرة من المهر إلا أن يشترط ذلك[٢] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم[٣] : وإن قال لها : أنت طالق على عبدك هذا، فإن قبلت قبل التفرق وإلا فلاقبول لها بعد ذلك .

وإن قال لها : إذا أعطيتني ألف درهم فأنت طالقٌ ثلاثاً ؛ فذلك لها متى ماأعطته ، وكذلك إن قال لها : أمركِ بيدكِ متى ماشئت ، أو إلى أجل ؛ فأمرها بيدها إلى ذلك الأجل إلا أن توقف قبله فتقضي ، أو ترد ، أو توطأ طوعًا فيبطل مابيدها ولايكون لها أن تقضي بعد ذلك[٤] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٢٣١/ب ، ٢٣٢/أ .
(٢) انظر : المدونة ٢/٣٤٠ ، تهذيب المدونة ص٩٩ .
(٣) "قال ابن القاسم" ليست في ز .
(٤) انظر : المدونة ٢/٣٤٢ ، تهذيب المدونة ص٩٩،١٠٠ .

[الباب الخامس]
فيمن أعطي على أن يطلق ويشترط الرجعة أو خالع وشرط إن طلبت شيئا عادت له زوجة ونيته في طلاق الخلع ومن قال : أنت طالق طلاق الخلع

[فصل ١ ـ فيمن أعطي على أن يطلق ويشترط الرجعة]

قال النبي صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس رضي الله عنه حين خالع زوجته : "إنها واحدة"[1] .

ابن وهب : وقال عثمان بن عفان رضي الله عنه : هي طلقةٌ بائنةٌ إلا أن يُسمِّي شيئاً فهو [على][2] ماسمَّى ، وقاله عددٌ من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم[3] .

وقد أبطل الرسول صلى الله عليه وسلم كلَّ شرطٍ ليس في كتاب الله تعالى[4] فكذلك ينبغي أن يبطل كل شرطٍ خلاف السنة .

قال ابن القاسم : فإن أعطته شيئاً على أن يطلق ويشترط الرجعة فشرطه باطلٌ والخلع يلزمه ولارجعة له إلا بنكاحٍ مُبتدأٍ إلا أن شرطه لايحيل سُنَّة الخلع ، قاله مالك[5] .

---

(١) سبق تخريجه ص٤٦٨ .

(٢) من المدونة .

(٣) انظر : المدونة ٣٤٢/٢، ٣٤٣ .
وقد سبق ذكر بعضهم وتخريج ذلك ص٤٧٢، ٤٧٣ .

(٤) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "ماكان من شرطٍ ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطلٌ وإن كان مئة شرط" . وقد سبق تخريجه ص١٣٠ .

(٥) قال ابن القاسم : لأن سنة الخلع أن كل من طلق بشيءٍ ولم يشترط شيئاً ولم يسمه من الطلاق كان خلعاً ، والخلع واحدةٌ بائنةٌ لارجعة له فيها . المدونة ٣٤٢/٢ .

وروي عن مالك : أن له الرجعة ، وقاله سحنون[١] .

قال عبد الوهاب : ووجه ذلك[٢] : أن العوض يكون في مقابلة مايسقط من عدد الطلاق دون زوال العصمة ، لأنها لما أجابته إلى ذلك دل على أنها على هذا عاوضت[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : والخلع طلقةٌ بائنةٌ ، سمَّى طلاقاً أو لم يسم ، وتعتد عدة المطلقة وله أن ينكحها / في عدتها إن تراضيا ، لأن الماء ماؤه بوطءٍ [١١٦/ب] صحيح إلا أن يتقدم له فيها طلاقٌ يكون بهذا[٤] ثلاثاً للحرة ، واثنتين للعبد فلاتحل له إلا بعد زوج[٥] .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم : وإن خالع امرأته وهي حاملٌ فله هو دون غيره أن يتزوجها في هذا الحمل مالم تثقُل فتصير كالمريضة فلايجوز ذلك له ولالغيره حتى تضع[٦] .

[فصل ٢ ـــ فيمن خالع وشرط إن طلبت شيئاً عادت له زوجة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا خالعها وشرط أنها إن طلبت[٧] شيئاً عادت له زوجة[٨] ، فشرطه باطل ، والخلع يلزمه ولارجعة له إلا بنكاحٍ مبتدأ[٩] .

---

(١) وروى ابن وهب عن مالك أنه رجع فقال : تَبين منه بواحدة .
انظر : المصدر نفسه ٣٤٣/٢ .

(٢) أي القول بأن له الرجعة .

(٣) المعونة ٨٧١/٢ .

(٤) أي بطلاق الخلع .

(٥) انظر : المدونة ٣٤٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٦) لأنه مرض ، والمرأة لاتتزوج وهي مريضة . انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٥٣/٥ .

(٧) في أ زيادة "ذلك" .

(٨) في ز "عادت زوجته" .

(٩) انظر : المدونة ٣٤٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

قال في كتاب ابن المواز : فإن ظنا أن ذلك يلزم فطلبته بذلك فعادت تحته بذلك ووطئها فليفارقها ، وليس لها بإصابته إلا ماكان رده إليها يكون ذلك صداقها ، كان أقل من صداق مثلها أو[1] أكثر ، [2]ولايتزوجها لأنه كالنكاح في عدة .

وقال محمد : هي حلالٌ له بعد الاستبراء ، وإن كانت حاملاً فبعد الوضع ، وليس كالنكاح في عدة[2] [3] .

قال الشيخ : قال بعض علمائنا : يريد ما لم يكن ذلك أقل من ربع دينارٍ فلابد أن يتم لها ربع دينار[4] .

قال في كتاب ابن المواز : ولو أنها حملت منه فصالحها ثانيةً على شيءٍ آخر ، أو على أن أبرأته من نفقة الحمل والرضاع كان الصلح الآخر باطلاً ويرد عليها ماكان أخذ منها وتكون عليه النفقة .

قال : ومن خالع زوجته ، ثم نكحها في العدة ، ثم طلقها قبل البناء والمسيس فهي تبني على عدتها ولها نصف الصداق بخلاف من ارتجع من طلاقٍ رجعيٍ ثم طلق قبل أن يمس فهذه تأتنف العدة[5] .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك لأن الرجعة تهدم العدة بخلاف النكاح المبتدأ .

قال الشيخ : والفرق بينهما : أن الزوجة في الطلاق الرجعي ، أحكام الزوجية باقيةٌ بينهما ، فإذا ارتجع عادت زوجة مدخولاً بها كما كانت قبل الطلاق فإذا طلق ثانيةً وجبت عليها العدة لهذه الطلقة ، فإن كان بقي من العدة الأولى شيءٌ فهو داخلٌ في هذه العدة المؤتنفة ، وإذا كانت الطلقة الأولى[6] بائنةً فهو لايرتجعها إلا بنكاحٍ جديدٍ بصداقٍ وولي ، فإذا طلق فيه قبل أن يمس فقد طلق قبل البناء فلاعدة عليها لهذا الطلاق الثاني فوجب أن تتم العدة للأول ، وبالله التوفيق .

---

(١) في أ ، ب "واو" بدل "أو" .
(٢) ساقط من ز .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٧/ب .
(٤) النكت والفروق ل٧٥/أ .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٧/ب .
(٦) "الأولى" ليست في ز .

[فصل ٣ ــ في النية في طلاق الخلع]

ومن المدونة : قال مالك : وإن خالعها واشترط رجعتها فالخلع ماضٍ ولارجعة له .

قال ابن القاسم : وإن أخذ منها شيئًا وانقلبت وقالا : ذلك بذلك ، ولم يسميا طلاقاً فهو طلاق الخلع ، وإن سمّيا طلاقاً لزم ماسمَّياه من الطلاق ، وإن نوى بالخلع ثلاثاً أو اثنتين لزمته وإن لم يلفظ بها ، وكذلك إن شرطت هي في الخلع أن تكون طالقاً تطليقتين فذلك يلزم .

قال مالك : وإذا لم يكن لها عليه مهرٌ ولادينٌ فخالعها على أن أعطاها شيئاً أو لم يعطها فذلك جائزٌ ولارجعة فيه وذلك خلعٌ ، وقاله ابن القاسم .

وروى ابن وهب وابن القاسم عن مالك فيمن طلق امرأته وأعطاها : أن له الرجعة وليس بخلع ، وروي عنه : أنها واحدةٌ بائنةٌ ، وأكثر الرواة على أنها غير بائن ، لأنه إنما تختلع بمال يأخذه منها ، فلزمه بذلك سنة الخلع ، وإذا لم يأخذ منها فليس بخلعٍ وهو رجلٌ طلّق[1] وأعطى[2] .

قال ابن المواز : وإذا جرى ذلك بينهما بمعنى الخلع والصلح وإن لم يقولاه فهي واحدةٌ بائنة .

ـ قال الشيخ : كمن خالع على مالايصح تملّكه كالخمر والخنزير ـ .

قال ابن المواز : وأما إن لم يجر على ذلك فله الرجعة[3] .

قال الشيخ : وكمن طلق بغير عوض .

---

(١) "طلق" ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٤٤٢/٢، ٤٤٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٨/أ .

[فصل ٤ ـــ فيمن قال : أنت طالق طلاق الخلع]

ومن المدونة : وقال غيره[1] فيمن قال لمدخول بها : أنتِ طالقٌ طلاق الخلع، فهي ألبتة ، لأنها لاتكون واحدةً / بائنةً إلا بخلع[2] . [١١٧/أ]

ومن الواضحة : هذا قول ابن الماجشون[3] .

وقال ابن القاسم في الذي قال لامرأته : أنت طالقٌ[4] طلاق الخلع : إنها واحدةٌ بائنةٌ[5] .

وقاله أصبغ في قوله : أنت طالقٌ طلاق الخلع ، أو كما طلق فلانٌ زوجته، وفلانٌ خالعها .

قال أصبغ : وإن كان فلانٌ إنما طلقها واحدةً قبل البناء فتلزم هذه طلقةٌ كما طلقت تلك طلقة[6] ، ولكن لاتبين بها ، لأن عليها العدة وإنما بانت تلك إذ لاعدة عليها .

وقال مطرف : قوله : أنت طالقٌ طلاق الخلع ، كقوله : أنت طالقٌ واحدةً لارجعة لي عليك فيها ، فهي واحدةٌ وله الرجعة ، لأن الخلع والمباراة لاتكون إلا بشيءٍ يأخذه منها أو تضعه عنه ، وماعدا ذلك فطلقةٌ رجعية ، وذكر الخلع ساقطٌ بقوله : أنت طالقٌ واحدةً بائنةً .

قال ابن حبيب : وبقول ابن الماجشون أقول[7] .

---

(١) أي غير مالك .

(٢) انظر : المدونة ٤٤٣/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٢/أ .

(٤) "طالق" ليست في أ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٣٢١/ب .

(٦) أي التي قال لها : أنت طالق كما طلق فلانٌ زوجته ، وفلانٌ خالعها .

(٧) "أقول" ليست في أ ، ب .

[الباب السادس]
في الخلع على أخذ الولد أو على نفقته أو على[1] طرح سكناها

[فصل ١ ـــ في الخلع على أخذ الولد]

قال مالك : وإذا خالعها على أن يكون الولد عنده ، فالخلع جائز ، وله شرطه إلا أن يضر ذلك بالصبي ويُخَاف عليه إن نُزِعَ منها ، مثل أن يكون يرضع وقد عَلِقَ بها فلاسبيل له إليه[2] .

قال ابن القاسم : وإذاخرج الصبي من حدّ الاضرار به والخوف عليه كان له أخذه منها حينئذٍ بشرطه[3] .

قال ابن الماجشون[4] : إن كان الولد صغيراً ألزمه الخلع ولها أن ترجع في ولدها فتأخذه ولايلزمها الشرط ، لأن الحضانة حقٌ للولد فليس للأم قطعها[5] ، وهذا لااختلاف فيه عندنا[6] .

وذكر عن أبي عمران في قول ابن القاسم إن ذلك جائزٌ إذا لم يضر ذلك[7] بالولد ، هل ذلك له فيمن[8] ليس له جَدَّة ، أو يتم ذلك له[9] ولاحق للجدة فيه؟

فقال : القياس أن لايسقط حق الجدة مثل ماإذا خالعها أو طلقها وتركت حقها في الولد من غير شرطٍ أن الجدة أولى به[10] .

---

(١) "على" ليست في ز .
(٢)،(٣) انظر : المدونة ٣٤٤،٣٤٣/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .
(٤) في ز "ابن القاسم" ، وهو خطأ .
(٥) في ز "مطلقا" .
(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٠/ب .
(٧) "ذلك" ليست في ز .
(٨) "فيمن" ليست في ز .
(٩) "له" ليست في أ ، ب .
(١٠) تهذيب الطالب ل٥١/ب .

[فصل ٢ ـــ في الخلع على نفقة الولد]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا خالعها على أن ترضع ولده وتنفق عليه مادام في الحولين جاز ذلك ، وإن ماتت كان الرضاع والنفقة في مالها ، وإن مات الولد قبل الحولين فلاشيء للزوج عليها .

قال مالك : و لم أَرَ أحداً طلب ذلك[(١)] .

ابن المواز : كمن صالح على إسقاط نفقة الحمل فأسقطت سَقْطاً فلاتَتْبع[(٢)] .

قال عبد الملك : لأنها على ذلك ضمنت ، [(٣)]ورواه أشهب عن مالك ، وروى أبو الفرج أن قول مالك أنه يتبعها في موت الصبي[(٣)] [(٤)] .

قال مالك : إن عجزت هي عن نفقة الولد رجعت النفقة على الأب ويتبعها بها ، وقاله أشهب وعبد الملك وابن القاسم ، وقال أيضاً ابن القاسم : لايتبعها ، وقاله أصبغ[(٥)] .

ومن المدونة : قال مالك : وإن شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين أمداً سمياه تم الخلع ولزمها نفقة الولد[(٦)] في الحولين فقط ، ولايلزمها مانافى على الحولين[(٧)] .

قال ابن القاسم : وكذلك إن شرط عليها الزوج نفقة نفسه سنة أو سنتين تم الخلع ، و لم يلزمها من نفقة الزوج شيء .

---

(١) قال ابن القاسم : ورأيت مالكاً يذهب إلى أنها إنما أبرأته من مؤنة ابنه في الرضاع حتى تفطمه فإذا هلك قبل ذلك فلاشيء للزوج عليها .
انظر : المدونة ٣٤٥/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٠/أ .

(٣) ساقط من ز .

(٤)،(٥) انظر : المصدر نفسه ل٣٣٠/أ .

(٦) "الولد" ليست في أ ، ب .

(٧) "ولايلزمها مانافى على الحولين" ليست في أ ، ب .

وقال المخزومي : يلزمها نفقة الزوج ونفقة الولد بعد الحولين كالخلع بالغرر وقاله سحنون[١] .

قال الشيخ : وهو الصواب ، وقد احْتُجَّ لقول[٢] ابن القاسم احتجاجٌ ضعيفٌ فتركْته .

[فصل ٣ ـــ في الخلع على ألا سكنى لها]

قال ابن القاسم : وإن خالعها على ألاَّ سكنى لها[٣] عليه ، فإن أراد إلزامها كراء المسكن جاز ذلك / إن كان المسكن لغيره ، أو كان له وسمَّى الكراء ، وإن [١١٧/ب] كان على أن تخرج من مسكنه تم الخلع ولم تخرج ، ولاكراء له عليها[٤] [٥] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٣٤٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٢) "قول" ليست في ز .

(٣) "لها" ليست في ز .

(٤) "عليها" ليست في أ .

(٥) فتسكن بغير شيء .
انظر : المدونة ٢/٣٤٤ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

[الباب السابع]
في الخلع على دين مؤجل أو سلف
أو خمر أو حلال وحرام[١]

[فصل ١ ـــ في الخلع على دينٍ مؤجلٍ أو سلف]

ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم عمَّا جرَّ نفعاً من السَّلف[٢] .

قال مالك : وإذا كان لأحد الزوجين على الآخر دينٌ مؤجلٌ فخالعها على تعجيله قبل محله جاز الخلع ورد الدين إلى أجله[٣] .

قال غيره : وإن كان الدين عليه وهو عينٌ [مما][٤] له تعجيله قبل محله فذلك جائزٌ وليس بخلع ، وهو كرجلٍ طلق وأعطى فهي طلقةٌ واحدةٌ وله الرجعة عنده ، وإن كان الدين عرضاً أو طعاماً من بيعٍ مما لايجوز للزوج تعجيله إلا برضى المرأة ولاتستطيع المرأة قبضه إلا برضى الزوج فهذا يكون بتعجيله خلعاً ولارجعة له ، ويرد الدين إلى أجله ، لأنه إنما طلق على أن تحط عنه الضمان الذي كان عليه إلى أجل[٥] ، وإنما طلاقه إياها على أن يعجِّل لها ذلك ، كما لو زادها دراهم أو عرضاً سواه على أن يعجل لها ذلك لم يجز ، وكان حراماً ، ورد الدين إلى أجله ، وأخذ منها ماأعطاها ، وكما لو طلقها على إن أسلفته سلفاً لزمه الطلاق ، ورد السلف لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عما جرَّ نفعاً من السلف[٦] .

---

(١) في ز "أو" بدل الواو .

(٢) هذا الحديث أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي بن ابي طالب بلفظ "أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرضٍ جرَّ منفعة" وفي إسناده سوار بن مصعب ، وهو متروك ، انظر :التلخيص الحبير ٣٤/٣ رقم (١٢٢٧) .
وأخرجه البيهقي موقوفاً على فَضَالة بن عبيد بلفظ : "كلُّ قرضٍ جرَّ منفعة فهو وجهٌ من وجوه الربا" كتاب البيوع ، باب كل قرضٍ جرَّ منفعةً فهو ربا ٥٧٣/٥ رقم (١٠٩٣٣) .

(٣) انظر : المدونة ٣٤٥،٣٤٤/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٤) من تهذيب المدونة .

(٥) "إلى أجل" ليست في ز .

(٦) انظر : المدونة ٣٤٥،٣٤٤/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

قال بعض فقهائنا : إذا كان لها الدين عيناً عليه[١] ، فخالعها على تعجيله ، فهو رجلٌ طلق وأعطى كما قال غيره ، ولايدخل هاهنا سلفٌ جرَّ منفعةً لسقوط النفقة عنه في العدة ، لأن له أن يخلعها من نفسه بلا مال ، أو يقول لها : أنت طالقٌ طلاق الخلع ؛ فتكون طلقة تملك بها نفسها ولانفقة لها فيثبت بذلك أنها ماأسقطت عنه مالايقدر على إسقاطه ؛ هذا على قول ابن القاسم الذي يرى أن[٢] الخلع من غير أن تدفع المرأة ، وأما على قول غيره الذي يرى أن الخلع إنما يكون بشيءٍ تدفعه المرأة فتدخله علة إسقاط النفقة لتعجيل دينها فيدخله سلفٌ جرَّ منفعةً إذا كانت مدخولاً بها .

قال : ورأيت لابن الكاتب أنه قال : وجه قول مالك في تعجيل ماعلى الزوج من العين أنه سلفٌ جرَّ منفعةً إذا كانت مدخولاً بها ، لأنه لو لم يخالعها على هذا كانت طلقةً غير بائنة ، ولزمته النفقة في العدة ، فتعجيله الدين سلفٌ جرَّ منفعةً وهي إسقاط النفقة ، يوضِّح ذلك أنه إنما تكون طلقةً بائنةً إذا جرى ذلك بينهما على وجه المباراة ، إذ لو طلقها هو من غير أن تجري لها في ذلك أمرٌ لم تكن طلقةً بائنةً بإجماعهم وإن أعطاها في ذلك مالاً ، وإنما اختلف قول مالك إذا أعطى وطلق فيما جرى منهما جميعًا على جهة المباراة ، فلما كانت البينونة لاتصح إلا برضاهما كانت كأنها لم ترض له[٣] بإسقاط نفقة عدتها إلا باستعجال دينها[٤] .

ومن كتاب ابن المواز وكتاب ابن سحنون : إذا صالحها على أن عجَّلت له بعض دينه وأسقط عنها البعض بطل التعجيل والوضيعة ، وتمَّ الفراق ، لأنه إنما فارق ووضع على أن تُعجِّل وذلك حرامٌ كله[٥] .

---

(١) في ز "إذا كان له الدين عليها عيناً" .

(٢) "أن" ليست في ز .

(٣) "له" ليست في ز .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل٥٠/أ،ب ، ٥١/أ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٩/ب .

قال مالك : وإن كان الدين عليه فصالحها على أن يعجّل لها بعض دينها ووضعت عنه بقيته ؛ فالوضيعة نافذة ، وترد إليه ماعجّل لها لتأخذه منه إذا حل أجله[١] .

قال الشيخ : كمن خالع على حلالٍ وهي الوضيعة وحرامٍ وهو التعجيل فيُرد الحرام ويمضي الحلال ، وهو نحو ماقدمناه لابن المواز .

قال ابن القاسم : وكذلك إن صالحها على إن أخرته بدينٍ لها عليه إلى أجلٍ فالخلع جائزٌ ولها أخذه / بالمال حالاً[٢] . [١١٨/أ]

قال ابن القاسم : وكل مارددنا من مثل[٣] هذا أو أجزنا الخلع فيه لم يرجع عليها الزوج بصداق المثل ولاغيره[٤] .

قال ابن المواز : إذا صالحها على أن عجّل لها دينها ، فإن لم يكن في ذلك وضيعة ، ولاجرّ نفعاً ، فذلك جائزٌ ، وكذلك إن أخرها بدينٍ له عليها ولانفع له في ذلك ، وإن حطته بعض دينها وعجّل لها بعضه ، أو أخرته به ، فالحطيطة ماضيةٌ في الخلع ، ويرد ماعجل لها ويبطل التأخير[٥] .

قال الشيخ : كمن خالع زوجته على حلالٍ وحرامٍ فإنه يجوز منه الحلال ويبطل الحرام[٦] .

قال ابن المواز : وإن تزوجت على عشرةٍ نقداً وعشرين إلى أجلٍ فصالحته قبل أن ينقدها شيئاً ، وقبل البناء بها على العشرة النقد وطرحت مابقي ، فالطلاق ماضٍ وترد خمسةً وتبقى عليه إلى الأجل ثم تأخذها منه[٧] .

---

(١) تهذيب الطالب ل٥١/أ .
(٢) تهذيب المدونة ص١٠٠ .
(٣) "مثل" ليست في ز .
(٤) المصدر نفسه ص١٠٠ .
(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٥١/أ .
(٦) وسيأتي ذكر ذلك قريباً من المدونة .
(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٩/ب .

قال الشيخ : لأن الواجب لها بالطلاق نصف صداقها وهو خمسةٌ نقداً أو عشرةٌ إلى أجل فقد أعطاها الآن الخمسة النقد ، وعجّل لها خمسةً من العشرة المؤجلة على[1] إن حطته الخمسة الأخرى فألزمناها الحطيطة للخلع ورددنا الخمسة إلى أجلها لأنها من ضَعْ وتَعَجَّل[2] .

قال ابن المواز : وإن كان على ستة ردت ديناراً يبقى لها إلى أجله ، وأما على خمسة عشر فهي لها ، ولاترد شيئاً ، إذ ليس في ذلك وضيعة شيء[3] .

[فصل ٢ ـــ في الخلع على خمر]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن خالعها على خمرٍ تم الخلع ولاشيء له ، وإن قبضها أُهرِيقَت عليه[4] .

قال عبد الوهاب : وقال الشافعي : يرجع عليها بصداق المثل[5] ، ودليلنا[6] أنه لما رضي أن يعتاض مالايصح تملّكه كان راضياً بسقوط العوض فلم يجب له بدل، ولأنه معنىً يصح أن يوقع بغير بدل ، ويفوت بنفس وقوعه ، فإذا أوقعه بما لايصح تملّكه كان كمن أوقعه بغير شيء .

وقال أبو حنيفة : تكون طلقةً رجعيةً[7] ، ودليلنا عليه : أنه طلاقٌ أوقعه على وجه الخلع فكان بائناً كما لو صح العوض[8] .

---

(١) "على" ليست في ز .

(٢) ضَعْ وتَعَجَّل إحدى صور الربا ، وهو أن يقول المدين : ضع من رأس المال وتعجّل من سداد الدين .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٢٩/ب .

(٤) انظر : المدونة ٣٤٥/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٥) انظر : الأم ٢٩٤/٥ ، مختصر المزني مع الأم ٢٠٣/٩ .

(٦) أي على أنه لايرجع عليها بشيء .

(٧) أي إن خالعها على خمر .
انظر : مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٦٥/٣ ، تحفة الفقهاء ٢٠١/٢ .

(٨) انظر : المعونة ٨٧٢/٢،٨٧٣ .

قال الشيخ : قيل في قول ابن القاسم : فإن تخلَّلت الخمر بيد الزوج فإنها لـه لأنها قد عادت حلالاً ، وسواءٌ كانت الزوجة مسلمةً أو نصرانيةً[1] .

[فصل ٣ ـــ في الخلع على حلالٍ وحرام]

ومن المدونة : وإن خالعها على حلالٍ وحرامٍ جاز منه الحلال وبطـل الحـرام كمالٍ وخمرٍ[2] .

وفي الباب الأول من الخلع تفسير الخلع والمباراة والفدية وأن ذلك كله طلقـةٌ بائنة[3] .

---

(١) وإن لم يتخلَّل فإنه يراق .
انظر : تهذيب الطالب ل٥١/ب .

(٢) انظر : تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٣) انظر ص٤٧٢ .

[الباب الثامن]
فيمن قالت لزوجها : خالعني بكذا أو قال له ذلك أجنبي وكيف إن وجدت عديمة أو أتبع الخلع طلاقاً والخلع يقع بعد بتات طلاق أو فساد نكاح أو عيب والدعوى في الخلع

[فصل ١ ــ فيمن قالت لزوجها : خالعني، وكيف إن وجدت عديمة]

قال مالك : وإن قالت له : خالعني أو[١] بارني ، أو طلقني على ألف درهم أو بألف درهم ، فهو سواء ، وإن أصابها عديمةً جاز الخلع واتبعها بالدراهم ، وإنما ذلك إذا صالحها بكذا وكذا ، أو ثبت الصلح ورضي بالذي تعطيه يتبعها به .

قال ابن القاسم : وأما أن يكون إنما صالحها على أنها أن أعطته الألف تم الصلح فلايلزمه الصلح إلا بدفع[٢] .

قال في كتاب ابن المواز : أو يقول : على أن تعطيني الساعة ، أو أخالعك على أن تعطيني ، فلم تعطه فهذا لايلزمه الصلح[٣] .

ومن المدونة : وإن قالت له : بعني طلاقي بألف درهم ، ففعل جاز ذلك .

قال مالك : وإن قالت له : خالعني ولك ألف درهم ، فقال لها : قد خالعتك ، لزمتها الألف ، وإن لم تقل بعد قولها الأول شيئاً ، وإن قال له رجل : طلق امرأتك ولك ألف درهم ، ففعل لزم ذلك الرجل الألف[٤] .

---

(١) في أ ، ب "على أن" .
(٢) انظر : المدونة ٣٤٦/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٠/أ .
(٤) انظر : المدونة ٣٤٦/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

فصل [٢ ــ فيمن أتبع الخلع طلاقا]

قال مالك : / وإذا أُتبع الخلع طلاقاً من غير صُمَاتٍ نسقاً لزم ذلك ، وإن كان بين ذلك صُمَاتٌ أو كلامٌ يكون قطعاً لذلك لم يلزم الطلاق الثاني[١] . [١١٨/ب]

ابن وهب : وقد قال عثمان بن عفان رضي الله عنه : الخلع مع الطلاق اثنتان ، وقال ابن أبي سلمة : إذا لم يكن بينهما صمات ، ومن فعل ذلك فقد أخطأ السنة ، وإنما الخلع واحدةٌ إذا لم يسمِّ طلاقاً[٢] .

فصل [٣ ــ في الخلع يقع بعد بتات طلاق أو فساد نكاح ، أو عيب]

قال ابن القاسم : وإن خالعها على شيءٍ ثم تبيَّن أنه قد أبتَّها قبل ذلك أو حلف بطلاقها ألبتة أن لايخالعها ، أو أنه نكحها وهو محرِمٌ ، أو أنها أخته من الرضاعة ، أو مما لايقرَّان عليه[٣] ، أو انكشف أن بالزوج جنوناً أو جُذَاماً فالخلع في ذلك كله ماضٍ وترجع عليه بما أخذ منها ، لأنها كانت أملك بفراقه ، وفراقها إياه من أجل الجنون والجذام فسخٌ بطلاق[٤] .

قال الشيخ : وذكر عن بعض فقهائنا القرويين : إن قيل ماالفرق بين أن يخالعها على مالٍ ثم يظهر أنها مطلقة ، أو كاتب عبده ويتأدى منه ثم يظهر أنه كان أعتقه وهو منكِرٌ في الوجهين فألزمه أن يرد في الخلع ولم يلزمه أن يرد في الكتابة؟ فالفرق : أن للسيد أن يستسعي عبده وينتزع ماله ولايزيل ملكه عنه إلا[٥]

---

(١) انظر : المدونة ٣٤٦/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٢) المدونة ٣٤٦/٢ .

(٣) أي من النكاح ، والخلع فيما ذكر ماض ، وترجع عليه بما أخذ منها لأنه في هذه الأحوال المذكورة لم يُرسل من يديه شيئاً بما أخذ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٣٤٧/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

(٥) في أ ، ب زيادة "في" .

الحكم عليه ، والزوجة ليس له سبيلٌ إلى مالها وهو كأجنبيٍّ فيه فلايصل إليه إلا بحق، فإذا ثبت طلاقه قبل ذلك[١] فقد أخذه بغير حقٍ فافترقا[٢] .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق واحدةً إن صالحتك ، ثم صالحها قال : لاترجع عليه بشيء وهو كمن قال لعبده : إن قاطعتك قبل السنة فأنت حر ، ثم قاطعه فلايرجع عليه بشيء .

قال عيسى : لأنه لما حنث بطلاقه كانت له الرجعة ، وصارت عطية المرأة فيما قطعت عنه ماله من الرجعة ، وكذلك عطية العبد فيما تعجل من العتق قبل السنة[٣] .

ولو قال : إن صالحتك فأنت طالقٌ البتة ، ثم فعل ؛ فهذا يرد ماأخذ ، وكذلك في العبد إذا لم يقل:إلى سنة،فهو يرد ماأخذ إذا قاطعه[٤] .

وإن انكشف بعد الخلع أن بها جنوناً أو جُذاماً أو بَرَصَاً[٥] كان له ماأخذ منها وتم الخلع لأن له أن يقيم[٦] ، ولو تركها أيضاً بغير خلعٍ كان فسخاً بطلاق[٧].

وقال في كتاب النكاح الثاني[٨] : وإن ثبت أنه نكح بغررٍ أو بغير وليٍّ فاختلعت قبل البناء بمال فذلك ماضٍ وله ماأخذ[٩] .

قال سحنون : هذه ترد إلى مافي كتاب الخلع أنه يرد ماأخذ منها[١٠] .

---

(١) "ذلك" ليست في ز .
(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٥١/ب .
(٣) في ز زيادة "كذلك" .
(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٤٠/٦،٢٤١ ، النوادر والزيادات ل٣٣٢/أ .
(٥) "أو برصا" ليست في ز .
(٦) أي على النكاح .
(٧) انظر : المدونة ٣٤٧/٢ .
(٨) أي ابن القاسم ، وهو كتاب النكاح الثالث في المدونة المطبوعة .
(٩) انظر : المدونة ٢٤٤/٢،٢٤٥ .
(١٠) وقال : لأنه لايأخذ مالها إلا بما يجوز له إرساله من يديه وهو لم يرسل من يديه إلا ماهي أملك به منه ، لأن هذا النكاح مما يُغلبان على فسخه .
انظر : المصدر نفسه ٢٤٥/٢ .

قال ابن المواز : وليس له رجوع بالصداق على من غرّه كعيبٍ ذهب .

قال ابن المواز : وإنما لايرد ماأخذ فيما لأحدهما[١] المقام عليه[٢] .

قال الشيخ : فيصير هذا قولاً ثالثاً ، لأنه إذا وجدت بالزوج جنوناً أو جُذَاماً فللزوجة الرضى بذلك ، فإذا خالعته على شيءٍ دفعته إليه ثم اطلعت على الجنون أو نحوه لم يكن لها أن ترجع عليه بشيءٍ خلاف قول[٣] ابن القاسم[٤] ، وإن تزوج بغررٍ أو بغير ولي ، ثم خالعها قبل البناء فإنه يرد ماأخذ منها كما ذهب إليه سحنون[٥] .

قال الشيخ : وماقاله سحنون أبينها ، والله أعلم .

[فصل ٤ ـــ في الدعوى في الخلع]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قالت له امرأته : إنك كنت طلقتني أمس على ألف درهم وقد قبلت ، وقال الزوج : كان ذلك ولم تقبلي ؛ فالقول قولها . وكذلك قال مالك في الذي ملك امرأته ثم خرج ، فلما رجع ليدخل عليها أغلقت الباب دونه وقالت : كنت قد ملّكتني فقد اخترت نفسي ، وقال الزوج : لم تختاري؛ إن القول قولها ، واختُلف فيها في المدينة ، ومن قول مالك يومئذ : لايقضى في التمليك إلا في المجلس[٦] .

قال بعض شيوخنا : ولايمين عليها في ذلك ، إذ لو نكلت عن اليمين لم ترد إليه وإنما تحلف إذا تداعوا فيما وقع به الخلع ، لأنها إذا نكلت حلف هو وغرمت له.

---

(١) في أ ، ب "في مال أحدهما" ، وهو تحريف .

(٢) وإنما يرده في نكاح لايقرّان عليه . انظر : المصدر نفسه ل٣٣٢/أ .

(٣) "قول" ليست في أ .

(٤) أي بأنها ترجع عليه بما أخذ منها وقد تقدم قريباً .

(٥) كما سبق ذكره .

(٦) انظر : المدونة ٣٤٧/٢، ٣٤٨ ، تهذيب المدونة ص١٠٠ .

وقوله في الكتاب : ومن قول مالك يومئذ أنه لايقضى في التمليك إلا في المجلس[1] ، إنما ذكر هذا لئلا يَتَوَهَّم / مُتَوَهِّمٌ أنه إنما كان القول قولها ؛ لأنها إذا لم [١١٩/أ] تكن قضت[2] فقولها الساعة قضاءٌ على قول مالك أن لها أن تقضي وإن افترقا من المجلس[3] [4] .

قال ابن القاسم : وإذا قال لزوجته : خالعتيني على هذا العبد ، فقالت المرأة: بل على هذا الثوب ؛ فالقول قولها ، وتحلف إلا أن يأتي الزوج ببينة ، لأن مالكاً قال فيمن صالح زوجته على شيءٍ فيما بينهما ، فلما أتى ببينةٍ ليشهد عليها جحدت المرأة أن تكون أعطته شيئًا على ذلك : إن الخلع ثابتٌ ولايلزمها إلا اليمين[5] ، ولو جاء الزوج بشاهدٍ على مايدعي حلف معه واستحق[6] .

قال الشيخ : إن[7] قيل : إن ادعى الزوج أن زوجته خالعته على شيءٍ فأنكرت فأحلفها وألزمته الخلع ، هل للزوجة نفقة؛ لأنها تقول : إنما أقررت بالخلع لتسقط نفقتي في العدة؟

فالجواب عن ذلك : أنها إن أقرت له بالمخالعة لكنها قالت : إنما كانت على غير شيء ؛ فلانفقة لها ، لأنها واحدةٌ بائنةٌ باتفاق[8] ، وإن أنكرت الخلع أصلاً فيجب على قول ابن القاسم في قوله : أنت طالقٌ طلاق الخلع ألاّ نفقة لها لأنها واحدةٌ بائنةٌ ، وكذلك على قول من يرى أنها ألبتة ، وأما على قول من يرى

---

(١) المدونة ٣٤٨/٢ .
(٢) في أ ، ب زيادة "قولها" .
(٣) وهو آخر قولي مالك في المسألة ، فقد قال ابن القاسم : وإنما رجع إلى هذا القول أن لها أن تقضي وإن قامت من مجلسها في آخر عام فارقناه ، وكان قوله قبل ذلك إذا افترقا فلاقضاء لها إذا كان قد أمكنها القضاء في ذلك قبل قيام زوجها .
المصدر نفسه ٣٤٨/٢ .
(٤) تهذيب الطالب ل٥٢/أ .
(٥) في تهذيب المدونة زيادة "فإن نكلت حلف هو واستحق" ص١٠١ .
(٦) انظر : المدونة ٣٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٠،١٠١ .
(٧) "إن" ليست في ز .
(٨) "باتفاق" ليست في أ ، ب .

أنها واحدة رجعية فلها النفقة ، وتكون واحدةً بائنة ، لأنه مقرٌ أنه خالعها على مالٍ وهي تقول : إنما أراد بدعواه ذلك أن يسقط عن نفسه نفقة العدة ، ولاينفعك قولك : إنكِ خالعتِني ، على قول من يرى أنها واحدةٌ رجعية[1] .

ومن العتبية : قال أصبغ : وإذا أقام بينةً أنها صالحته على عبدها فأنكرت ، وأقامت بينةً أنها صالحته على عشرة دنانير ، وكل بينةٍ[2] تقول : إنها كانت[3] لفظةً واحدةً ومجلِساً واحداً[4] ، فالبينتان تسقط[5] ، والصلح ماض ، وليس له إلا العشرة إن شاء ، وكذلك إن ادعى أنه صالحها بالأمرين جميعاً[6] .

قال سحنون عن ابن القاسم : وإذا صالحته على عبدٍ غائبٍ فمات أو وَجَد به عيباً فقالت : كان ذلك به بعد الصلح ، وقال هو : قبل الصلح ، فالمرأة مدعية ، وعليها البينة ، وإن ثبت أنه مات بعد الصلح فلاعُهدة فيه بخلاف البيع[7] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل٥٢/أ .

(٢) أي جميع الشهود الأربعة .

(٣) "كانت" ليست في ز .

(٤) ثم قال أصبغ : فقال شاهدان : لفظ لفظة فصالح فيها على العبد ورضيت ، وقال آخران : بل تلك اللفظة التي لفظها قد حضرناها معكم ، إنما صالحها على عشرة دنانير .

(٥) قال أصبغ : لأن البينة متكافئةٌ ومكذِّبةٌ بعضها بعضاً كأنها لم تشهد أصلاً .

(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٣٠٤،٣٠٥ .

(٧) تهذيب الطالب ل٥١/ب ، ٥٢/أ .

[الباب التاسع]
في خلع الأب والوصي والسيد والأمة وأم الولد والمكاتبة

[فصل ١ ــ في خلع الأب والوصي]

قال الله تعالى : ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ﴾[١] .

قال مالك : وهو[٢] الأب في ابنته البكر والسيد في أمته[٣] .

قال مالك : ويجوز للأب أو الوصي المباراة على الصغير على النظر والحظّ فيما يأخذ له[٤] ، كما يُنكِحُه نَظَرا[٥] .

قال ابن القاسم وغيره : ألا ترى أنهما ينكحانه وهو كاره ، لما يريان له من الحظ في النكاح من المرأة الموسرة ، فكذلك يطلقان عليه بالمال وشبهه ، ولايلزم الصبي أن يطلّقا[٦] عليه على غير الخلع وأخذ المال[٧] .

قال ابن القاسم : وإن لم يكن للطفل اليتيم وصيٌّ فأقام له[٨] القاضي خليفةً كان كالوصي في جميع أموره ولو كان الأب هو الذي عقد نكاح ولده ، ثم مات الأب والابن صغير ، فصالح الوصي عنه امرأته ، جاز ذلك على الصبي ، وتلزم الصبي طلقةٌ بائنةٌ في مباراة أبيه أو وصيه ، فإن تزوجها بعد بلوغه أو قبله ، ثم

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٢) أي الذي بيده عقدة النكاح .

(٣) انظر : الموطأ ٤١٧/٢ .

(٤) في أ ، ب "أو" .

(٥) انظر : المدونة ٣٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .

(٦) أي الأب والوصي ، وفي جميع النسخ "يطلقها" .

(٧) انظر : المدونة ٣٤٩/٢ .

(٨) "فأقام له" ليست في أ .

طلقها بعد بلوغه أو قبله[١] طلقتين ، لم تحل له إلا بعد زوج[٢] .

فصل [٢ ـــ في خلع السيد]

وإذا زوج الوصي يتيمةً وهو بالغٌ سفيهٌ بأمره ، أو زوج السيد عبده البالغ بغير أمره فذلك جائزٌ عليه ، أو زوج ابنه أو يتيمه قبل البلوغ ثم بلغ سفيهاً لم تجز المباراة على أحدٍ من هؤلاء بغير إذنه لأنه[٣] ممن يلزمه طلاقه / إن طلق ، [١١٩/ب] ولايُكرهون على الطلاق[٤] .

وقال أبو محمد : وروى عيسى عن ابن القاسم في العتبية أنه يباري عن السفيه ويزوجه بغير أمره[٥] .

وقد تقدم في كتاب النكاح الأول الاختلاف في إكراهه على النكاح من كلام ابن حبيب[٦] .

ومن كتاب الخلع : قال ابن القاسم : وإذا زوج السيد عبده الصغير لم يطلق عليه إلا بشيءٍ[٧] يأخذه له .

وروى ابن نافع عن مالك ، فيمن زوج وَصِيْفَه مِنْ وَصِيْفَتِهِ[٨] و لم يبلغا ، أنه جائز ، فإن فرق السيد بينهما على وجه النظر والاجتهاد ، جاز ذلك ما لم يبلغا .

قال ابن نافع : لايجوز من ذلك إلا ماكان على وجه الخلع[٩] .

---

(١) "أو قبله" ليست في ز .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٣٤٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .

(٣) "لأنه" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٣٤٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٥/ب .

(٦) انظر : ص١٠٨ .

(٧) في ز زيادة "بخلع" .

(٨) أي عبده من أمته .

(٩) تهذيب المدونة ص١٠١ .

قال مالك : وللأب أن يخالع على ابنته الصغيرة ، وإن كان على إسقاط جميع المهر ، فذلك جائزٌ عليها ، وليس لوصيٍ أو غيره أن يخالعها من زوجها ، بخلاف مباراة الوصي عن يتيمه ، والفرق بينهما : أن الوصي يزوج يتيمه ولايستأمره ولايزوج يتيمته إلا بإذنها بعد بلوغها ، فكذلك يباري عن يتيمه ولايباري عن يتيمته إلا برضاها[١] .

وروى ابن نافع عن مالك في صغيرةٍ زوّجها أبوها أن للخليفة أن يباري عنها على وجه النظر ، ويلزمها ذلك إذا كبرت[٢] ، فأنكره سحنون وأسقطه ،ولم يقرأه عند السماع .

ومن العتبية : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في التي لم تبلغ المحيض وقد بنى بها الزوج فصالحته على مالٍ أعطته فذلك نافذ ، وله مأأخذ إن كان ما [أعطته] [٣] يصالح به مثلها[٤] .

وقال أبو بكر بن اللبّاد : المعروف من قول أصحابنا أن المال مردودٌ والخلع ماض[٥] .

وقال سحنون في اليتيمة البالغة تفتدي من زوجها قبل البناء : فذلك جائز ، وله مأأخذ ، ولارجوع لها فيه[٦] .

قال في كتاب ابنه : ومَنْ[٧] يُجزه لم أُعَنِّفه فيما اختار[٨] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٣٥٠ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .
(٢) المصدر نفسه ص١٠١ .
(٣) من العتبية .
(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٢٩٢ .
(٥)،(٦) تهذيب الطالب ل٥٢/أ .
(٧) "من" ليست في أ ، ب .
(٨) النوادر والزيادات ل٣٣١/أ .

وقال أصبغ : لايجوز مبارأة الصغيرة غير البالغ أو السفيهة ، وكذلك بعد موت أبيها قبل البناء ؛ ويرد ماأخذ منها ، ويمضي الفراق ولو أخذ الزوج حميلاً بما يدركه في نصف الصداق الذي بارأته به فغرمه ؛ رجع به على الحميل[1] كالتي يباري عنها أبٌ أو أخٌ بغير علمها ، إلا أن هذه يرجع فيها الزوج بما ودى فيأخذه ممن يباري عنها ، ولايرجع في مباراة الصبية[2] الحميل بما غرمه للزوج على أحد[3].

[فصل ٣ ــ في خلع الأب على ابنته بعد البناء]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا خالع الأب على ابنته الثيب بعد البناء وهي بالغٌ على أن ضمن للزوج الصداق فلم ترض الابنة بطلب الأب ؛ أخذت به الزوج ورجع به الزوج على الأب ، وكذلك الأخ في هذا بمنزلة الأب . ـ قال ابن القاسم: وكذلك الأجنبي ـ وإن خالعها الأب بعد البناء وقبل بلوغها على أن تترك لزوجها جميع المهر جاز ذلك عليها ، ثم لأبيها إذا رجعت إليه قبل البلوغ أن يزوجها كما يزوج البكر ، ويجوز إذنه عليها[4] .

قال ابن القاسم وأشهب : وذلك ما لم تحض[5] .

وقال سحنون : يزوجها[6] وإن حاضت[7] .

قال الشيخ : وقد تقدم إيعاب هذا وشرحه في كتاب النكاح[8] .

---

(١) في جميع النسخ زيادة "واو" .

(٢) في أ ، ب "الصبي" .

(٣) قال ابن أبي زيد : يريد ـ أي أصبغ ـ لو لم يأخذ بذلك ضامناً .
المصدر نفسه ل٣٣١/أ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٥٠ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .
فإن بلغت المحيض فهي كالثيب البالغ يجب عليه استئذانها .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢١٣/ب .

(٦) أي بغير رضاها .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل٢١٣/ب .

(٨) وهو الأول ، انظر : ص٢٦ .

فصل [٤ ــ في خلع الأمة]

قال مالك : ولاتختلع أمةٌ ولاأم ولد من زوجٍ بمالٍ إلابإذن السيد ، فإن فعلا بغير إذنه كان له رد العطية ولزم الزوج الصلح ، ويرد ماأخذ ، ولايتبع به الأمة إن عتقت ، وأكره أن يزوج الرجل أم ولده ، فإن جهل وفعل لم يفسخ إلا أن يكون أمرًا بيِّناً من[1] الضرر بها فيفسخ[2] ، وقد تقدم هذا في كتاب النكاح[3] .

[فصل ٥ ــ فيما تبذله المكاتبة في الخلع]

ويجوز ماخالعت به المكاتبة ، أو[4] وهبت من مالها بإذن السيد[5] .

سحنون : وذلك في الشيء اليسير التافه ، وأما ماله القدر فلا ، لأن ذلك داعيةٌ إلى عجزها[6] .

---

(١) "من" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٥١ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .

(٣) انظر : ص٩٧ .

(٤) في ز "واو" بدل "أو" .

(٥) انظر : المدونة ٢/٣٥١ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .

(٦) أي عن أداء مال الكتابة .

[الباب العاشر]
في الخلع في المرض

قال مالك : ومن خالع زوجته في مرضه جاز له مأخذ منها ، فإن مات في مرضه ذلك ورثته ، وإن ماتت هي لم يرثها[١] .

قال / أبو عمران : وترث المرأة من المال الذي أعطته[٢] ، ومثله لابن المواز[٣]. [١٢٠/أ]

قال مالك : وكذلك إن ملَّكها في مرضه ، أو خيرها فاختارت نفسها ، أو طلقها طلاقاً بائناً في مرضه بأي وجهٍ كان فإنه لايرثها إن ماتت ، وهي ترثه إن مات من ذلك المرض ، لأن الطلاق جاء من قِبَلِه .

قال مالك : وإن اختلعت منه في مرضها وهو صحيحٌ بجميع مالها لم يجز ولايرثها[٤] .

قال ابن القاسم : وأنا أرى إذا اختلعت منه على أكثر من ميراثه فله قدر ميراثه ، وأما على قدر ميراثه منها فأقل فذلك جائزٌ ولايتوارثان[٥] .

وقال ابن نافع : إذا خالعها على أكثر من ميراثه لزمه الطلاق ولايجوز له من ذلك إلا قدر ميراثه مثل مافسَّر ابن القاسم .

قال ابن نافع عن مالك : ويوقف المال حتى تصح أو تموت[٦] .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك في المريض يخالع امرأته : فذلك جائزٌ وله مأخذ منها وترثه ـ مما أخذ منها ومن غيره[٧] ـ .

---

(١) انظر : المدونة ٣٥١/٢، ٣٥٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .
(٢) ومن غيره .
(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٥٢/ب ، وقوله : ومثله لابن المواز ، من قول عبد الحق الصقلي .
(٤)،(٥)،(٦) انظر : المدونة ٣٥٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .
(٧) مابين الشرطتين من قول ابن المواز كما في النوادر ، وقد تقدمت الإشارة إلى هذا القول أول الباب .

قال مالك[١] : وإن كانت هي المريضة لم يجز الخلع .

ابن المواز : ولمالك قول آخر[٢] أبين من هذا ، وروى عنه ابن عبد الحكم أنه يكون له منه خلع مثلها ويرد مابقي .

ابن المواز : وثم جواب أحسن من هذا ، إذ لاتهمة فيه وهو قول ابن القاسم إن ماتت من ذلك المرض فله قدر ميراثه منها ، وقاله أصبغ . وقال : يوقف ذلك ولايمكن منه ، فإن صحت أخذه[٣] ، وإن ماتت أخذ منه قدر ميراثه من التركة يوم ماتت لايوم الصلح ، وإن كان أقل من ميراثه فله الأقل،ولايُحسب عليها ماأنفقت على نفسها في مصالحها .

ابن المواز : ولاماتلف ، ويُحسب[٤] ماصالحته به من التركة ، وليس لها تعمد تلف مالها من غير مصلحة ، وإن أوصت بشيئ فذلك في ثلث بقية تركتها بعد عزل ماصالحوا به ، ثم يضاف ذلك إلى مابقي بعد الوصايا فيأخذ قدر ميراثه منه إلا أن يكون ماصالح به أقل فيأخذ الأقل[٥] .

ومن العتبية : روى يحيى بن يحى عن ابن القاسم : قال مالك : إنما ينظر ؛ فإن كان قدر ميراثه منها قدر[٦] الصلح أو أقل نفذ ذلك للزوج ، ولاتبالي كان أكثر من ميراثه منها يوم الموت أو أقل ، هلك مالها أو بعضه قبل أن تموت ؛ أو بقي ولاشيئ للورثة عليه ، وقد انقطع الأمر بينهم يوم وقع الصلح ، وكأنه حكم مضى بأمر جائز ، ولأن الذي أخذ الزوج لو هلك لم يرجع على الورثة بشيئ من قيمته ، ومصالحتها بالذي أعطته كبيع من البيوع[٧] .

---

(١) "قال مالك" ليست في أ .

(٢) "آخر" ليست في ز .

(٣) وقال : ولو صحت وقد تلف فمصيبته منه .

(٤) في أ ، ب "ولايحسب" .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٢/ب .

(٦) في أ ، ب "يوم" .

(٧) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٢٩٠،٢٩١ ، النوادر والزيادات ل٣٣٢/ب .

[الباب الحادي عشر]
فيمن خالع ثم ظاهر أو آلى أو حنث في يمين بطلاقها وجامع مسائل منه

[فصل ١ ــ فيمن خالع ثم ظاهر أو آلى]

قال ابن القاسم : ومن صالح امرأته ثم ظاهر منها في عدتها أو آلى منها لزمه الإيلاء ولم يلزمه الظهار ، إلا أن يقول : إن تزوجتك ، أو يُجري قبل ذلك من الكلام مايدل عليه ، فيلزمه الظهار إن تزوجها ، لأن مالكاً قال فيمن خالع إحدى امرأتيه فقالت له الأخرى : ستراجعها؟ فقال: هي طالقٌ أبدًا ، ولانية له ؛ قال : فإن تزوجها طلقت عليه مرةً واحدة ، وكان خاطباً ؛ لأن مالكاً جعله جواباً لكلام امرأته[1] .

وفي غير المدونة : من قال لامرأته : أنت طالقُ أبداً ، إنها ثلاث[2] .

قال الشيخ : وحكي عن بعض القرويين : أن هذا ليس بخلافٍ لما في المدونة وأن معنى مسألة المدونة[3] : أنه إنما وقع له التأبيد على الرجعة ، كأنه لما قالت له امرأته : ستراجعها؟ قال : إن راجعتها أبداً فهي طالقٌ ، فلذلك لزمه طلقةٌ ، وصوَّب هذا القول بعض أصحابنا[4] .

قال الشيخ : وظاهر المدونة خلاف ذلك ، وأنه إنما وقع التأبيد على الطلاق / لأنه لما قالت له امرأته : ستراجعها؟ قال : هي طالقٌ أبداً ، يريد إن راجعتها ، [١٢٠/ب] فعلى هذا التأويل يصير في قوله : أنت طالقٌ أبداً ، قولان ؛ قولٌ : إنه واحدةٌ ، وقولٌ : إنه ثلاثٌ . والله أعلم .

---

(١) انظر : المدونة ٣٥٤/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .
(٢) انظر : النكت والفروق ل٧٦/ب .
(٣) أي التي تقدمت قريباً وفيها قال الزوج عن زوجته المخالعة : هي طالقٌ أبداً .
(٤) انظر : المصدر نفسه ل٧٦/ب .

[فصل ٢ ــ فيمن حنث في يمين بطلاق زوجته]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فصالحها ثم دخلتها بعد الصلح ، لم يلزمه طلاق .

قال مالك : وإن قال لها : إن لم أقضِ فلاناً حقه إلى وقت كذا فأنت طالق ثلاثاً[١] ، فلما جاء الوقت وخاف الحنث صالحها فراراً من أن يقع عليه الطلاق فبئس ماصنع[٢] ، ولايعجبني أن يفعل ذلك ، فإن فعل لم يحنث إن لم يقض فلاناً حقه ، لأن الوقت مضى ، وليست له بامرأة .

قال ابن القاسم : ولو تزوجها بعد الوقت لم يحنث ، قضى فلاناً حقه أم لا ، وإن صالحها بدراهم أو طعامٍ أو عرضٍ موصوفٍ إلى أجلٍ جاز ، وله أن يأخذ بذلك رهناً أو كفيلا ، ولايبيع الطعام قبل قبضه ، لأنه محمل البيع ، وإن صالحها على دينٍ فباعه منها بعرضٍ إلى أجل ، أو صالحها على عرضٍ موصوفٍ إلى أجلٍ فباعه منها بدينٍ إلى أجلٍ لم يجز ، لأنه دينٌ بدين ، ويرجع فيكون له الدين الأول ، وإن صالحها على عبدٍ بعينه على ألا يقبضه إلا إلى أجلٍ من الآجال فهو حالٌّ ، والخلع جائزٌ ، والأجل فيه باطلٌ[٣] .

قال سليمان[٤] : قال سحنون : الخلع جائزٌ ، والعبد إلى أجله كما إذا خالعته بجنينٍ في بطن أمه فلايكون له إلا[٥] إذا خرج[٦] .

---

(١) "ثلاثا" ليست في ز .

(٢) قال أبو عمران : الظاهر من قوله : فبئس ماصنع ، أن الحالف إن كان ملياً فقد جار وظلم فيما فعل ، إذ وثق ذلك بيمينه ، وأما إذا كان عديماً فما ظلم إلا أن يخاف من الغريم إن أيسر يوماً أن يتراخى عن دفع الدين فيمكن أن يُكره ذلك لهذا . تهذيب الطالب ل٥٢/ب .

(٣) انظر : المدونة ٣٥٥،٣٥٤/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .

(٤) هو القاضي أبو الربيع سليمان القطان ، وقد سبقت ترجمته ص٣٨ .

(٥) "إلا" ليست في أ .

(٦) وقد تقدم ذلك ، انظر ص٤٧٤ .

قال الشيخ : والفرق عند ابن القاسم بين العبد المعين وبين الجنين والعبد الآبق والثمرة التي لم يبد صلاحها : أنه في هذه الأشياء لايقدر الآن على قبضها وإزالة الغرر فيها فَعُذِرَ بإجازة ذلك في الخلع ، لأن له أن يخالعها بغير عوض فكأنه في الغرر خالعها بغير شيء ، وأما العبد المعين ، فهما قادران على قبضه ، فترك ذلك تعمداً غررٌ دخلا فيه من غير عذرٍ ، فلذلك مُنع ، وإجازة ذلك في الخلع - كما قال سحنون - أبين ، والله أعلم .

[الباب الثاني عشر]
جامع القول في حضانة الولد[1]

[فصل ١ ـ في حضانة الأم لولدها]

روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى للأم بالحضانة على الأب وقال لها : "أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي"[2] ، وقضى به أبو بكر وعمر رضي الله عنهما[3] ، وقضى أبو بكر على عمر أن أُمَّ الأم إذا نكحت الأُمُّ أحقُّ منه في حضانة ولده[4] ، وكانت كل مَنْ هي أقرب رَحماً بالأم من النساء فذلك لها بعد الأم[5] ، ولأن المراعاة في ذلك حفظ الولد والإشفاق عليه والقيام بمصالحه ومراعاة أموره ؛ والأم أقوم بذلك من الأب ومن كل أحد .

واختُلف عن مالك هل هذا حقٌ للأم أم للولد عليها؟

فإذا قلنا : إنه حقٌ للأم فلقوله صلى الله عليه وسلم : "أنتِ أحقُّ به ما لم تنكحي" ، ولأنها يلحقها ضررٌ بالتفرقة بينها وبين ولدها مع كونها أحَنَّ عليه وأرفق به . وإذا قلنا : إنه حقٌ للولد ، فلأن الغرض حفظ الصبي ومراعاته ومصلحته

---

(١) الحضانة : مصدر حَضَنَ يَحْضِنُ ، قال ابن فارس : الحاء والضاد والنون أصلٌ واحدٌ يقاس ، وهو حفظ الشيء وتربيته . معجم مقاييس اللغة ، مادة (حَضَنَ) .
وهي شرعاً : حفظ الولد في مبيته ومؤنة طعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه . شرح حدود ابن عرفة ٣٢٤/١ .

(٢) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب من أحق بالولد ٧٠٧/٢ رقم (٢٢٧٦) ، وعبدالرزاق ، كتاب الطلاق ، باب أي الأبوين أحق بالولد ١٥٣/٧ رقم (١٢٥٩٦،١٢٥٩٧) ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢٢٥/٢ رقم (٢٨٣٠) وصححه ، ووافقه الذهبي .

(٣) أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب أي الوالدين أحق بالولد ١٥٤/٧،١٥٦ رقم (١٢٦٠٠،١٢٦٠٦) .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب اي الأبوين أحق بالولد ١٥٥/٧ رقم (١٢٦٠٢) .

(٥) تهذيب الطالب ل٥٢/ب .

دون مراعاة الأم ، ألا ترى أنه يؤخذ منها إذا تزوجت وإن لحقها الضرر بأخذه ، وكذلك إذا غاب الولد غيبة استقرار[١] .

ومن المدونة : قال مالك : ويُترك الغلام في حضانة الأم حتى يحتلم ثم يذهب حيث شاء ، وللأب أن يتعاهد الولد عند أمِّهم ويؤدبهم ويبعثهم إلى الكُتَّاب[٢] ، ولايبيتون إلا عندها إلا أن تتزوج الأم والولد صغير يرضع أو فوق ذلك فإنه ينزع منها إذا دخل بها زوجها لاقبل ذلك ، ثم لايرد إليها إذا طلقت أو مات زوجها ، ولاحق لها فيه إذا أسلمته مرة[٣] .

وقال عبد الوهاب : يرد إليها[٤] لزوال المانع[٥] .

قال الشيخ : ومافي المدونة أصوب كزوال نفقته عن الأب بالبلوغ ثم إن مرض لم ترجع إليه ، وكالثيب ترجع إليه بعد أن دخل بها / زوجها[٦] ، لأن [١٢١/أ] الحضانة والنفقة إذا سقطت مرة[٧] لم تعد ، وإنما تجب باستصحاب الوجوب ، وقد قال ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا تزوجت الأم أو الجدة فلم يؤخذ الولد منها حتى فارقها الزوج فلاينزع منهما بخلاف أن لو أخذ منهما .

قال مالك : ولو ردتهم استثقالاً من غير نكاحٍ ثم بدا لها فليس لها أخذهم إلا أن تأتي بعُذرٍ له وجهٌ .

قال في رواية أشهب : مثل أن تكون مَرِضت أو انقطع لبنُها ، وإلا فليس ذلك لها .

---

(١) المعونة ٩٤٠/٢ .

(٢) في جميع النسخ "المكتب" كما في تهذيب المدونة ، والتصحيح من المدونة .
والكُتَّاب : بالضم والتشديد : مدرسةٌ صغيرةٌ لتعليم الصبيان القراءة والكتابة وتحفيظ القرآن . معجم لغة الفقهاء ص٣٧٦ .

(٣) انظر : المدونة ٣٥٦/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠١ .

(٤) "إليها" ليست في أ ، ب .

(٥) وهو كونها مع زوج . انظر : المعونة ٩٤١/٢ .

(٦) "زوجها" ليست في أ ، ب .

(٧) "مرة" ليست في أ ، ب .

قال مالك : وإذا بقي الولد مع أبيه والأم مُتَنَحِّيةٌ عنه فلما مات الأب أرادت أخذه فليس ذلك لها لاستصحاب الحال[(١)] [(٢)] .

فهذا يؤيد ماقلناه[(٣)] ، وبالله التوفيق .

ومن العتبية : قال أشهب عن مالك فيمن توفي زوجها فتركت أولادها خمسة أشهرٍ أو سبعةً ثم قيل لها : أنت أحق بهم مالم تنكحي ، فقالت : والله ماعَلِمْتُ بهذا ، فقال : الشأن في هذا قريب ، فقد تجهل السنة[(٤)] .

وسئل عمن فارق امرأته وله منها بنتٌ فطرحتها إليه[(٥)] ولحقت بأهلها فتأيَّمت عندهم ماشاء الله ثم تزوجت ، لاتَعَرضُ لابنتها ولاتريدها حتى ماتت ، فقامت أمها تطلب ابنة ابنتها؟

فقال : إن كان لذلك سنة فأكثر فلاشيء لها ، قد تركوها ورفضوها ، وإن كان ليس لذلك إلا يسير فأرى لها أخذها[(٦)] .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : واختلف شيوخنا إذا تزوجت الأم تزويجاً فاسداً لايقرَّان عليه ، ودخل بها الزوج ونزع منها الولد ، ثم علم بفساد النكاح ففسخ ؛ فقال بعضهم : يرجع إليها الولد ، وقال غيره : لايرجع ، وهو أصوب ، وفسخ نكاحها كطلاق زوجها في النكاح الصحيح[(٧)] [(٨)] .

---

(١) أي حال كونه مع أبيه قبل موته ، واستصحاب الحال دليلٌ من الأدلة الشرعية وقد قال به جمهور الفقهاء . انظر : إحكام الفصول ص٦١٣،٦١٤ .

(٢) النوادر والزيادات ل٣٥٢/ب .

(٣) يشير إلى قوله المتقدم قريباً : إن الحضانة والنفقة إذا سقطت مرةً لم تَعُد ، وإنما تجب باستصحاب الوجوب .

(٤) وهي أنها أحق بهم مالم تتزوج ، وقد سبق تخريج الحديث الدال على ذلك ص٥١١ .

(٥) في أ ، ب "فطرحها إليها" .

(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٩١/٥ .

(٧) وقد تقدم أنه لايرجع إليها إن طلقت فيه .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل٥٣/أ .

وقال بعض شيوخنا : إذا كان للولد وليّان ، وهما في القُعْدُدِ سواء ، فسافر أحدهما ليس له الرحلة بالولد ، والمقيم أولى لبقاء الولد مع أمه ، وكذلك إن لم يكن له أم ، ولأنه هو المقدم في نكاحها إن كانت أنثى[١] .

أبو محمد : قال ابن القاسم : فإن نكحت الأم أحدهما لم ينزع منها إذا كان ذلك أرفق به .

قال أصبغ : إلا أن يخاف عليه عندها ضيعةً وجفوةً فيكون الولي الآخر أولى[٢] وأحق به .

قال مالك : ومن تزج امرأة ، ومعها بنتٌ صغيرةٌ قد علم بها ، ودخل بها وهي معها ، ثم قال : أخرجيها عني ، فليس له ذلك[٣] .

[فصل ٢ ــ في أخذ الأب أووصيه الولد ممن يحضنه]

ومن المدونة : قال مالك : وتُترك الجارية في حضانة الأم في الطلاق والموت[٤] حتى تبلغ النكاح ولايخاف عليها ، فإذا بلغت وخِيف عليها نُظِر ، فإن كانت الأم في حِرْزٍ وتحصينٍ فهي أحق بها أبداً حتى تنكح وإن بلغت أربعين سنة ، وإن لم تكن الأم في حرزٍ وتحصينٍ في موضعها ، أو كانت غير مَرضِيَّةٍ في نفسها أو نكحت فدخلت ، فللأب أخذها منها ، وكذلك للأولياء وللوصي أخذ الولد بذلك إذا أخذ إلى أمانةٍ وتحصين[٥] .

قال ابن المواز : قال مالك[٦] : ووصي الأب كالأب في أخذ الولد إذا نكحت أمه وليس له جدةٌ ولاخالة .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٥٣/أ .
(٢) "أولى" ليست في أ ، ب .
(٣) لأنه دخل على علم ، النوادر والزيادات ل٣٥٣/أ .
(٤) أي موت زوجها .
(٥) انظر : المدونة ٢/٣٥٦ ، تهذيب المدونة ص١٠١،١٠٢ .
(٦) "قال مالك" ليست في ز .

قال : وللعم والجد أخذ الصبية إذا نكحت أمها ، وأما الوصي فليس بينه وبينها مَحْرَمٌ فكونها مع زوج أمها أحب إلي ، لأنه ذو محرمٍ منها إلا أن يخاف عليها عنده فالوصي أحق[١] .

ومن العتبية : قال ابن القاسم : الوصي كالأب في الولد إلا في نكاح البكر قبل البلوغ .

قال أصبغ : وإن تزوجت الأم فالوصي أحق بالولد جواري كنَّ أو غِلماناً ـ وإن حضن الأبكار ـ وهو أحق من الأخ والعم وابن العم إن كان رَضيًّا ، وإذا انتقل الوصي من البلد فله أن يرتحل بهن جواري كن أو غلماناً ، وليس لإخوتهم / [١٢١/ب] وأعمامهم وجدودهم منعه[٢] .

أشهب : وسئل مالك عمن أوصى بابنته إلى وليٍّ فتركها مع عمتها إلى أن بلغت الجارية أو كادت أن تبلغ ، ثم تزوجت العمة فطلبتها الجدة أم أمها وأرادت أخذها ، فأرادت الجارية أن تكون مع عمتها ، ورضي بذلك الولي ، قال : أرى أن تترك مع عمتها إذا أحبت الجارية ورضي بذلك الولي ، ولاتأخذها الجدة[٣] .

قال الشيخ : يدل قوله هذا[٤] أن الأم إذا كانت وصيةً وتزوجت أن الولد لاينزع منها ، لأن العمة لما كانت إذا تزوجت ورضيت الصبية والولي بكونها مع عمتها ؛ لم يضرها التزويج وكانت أولى من جدتها لأمها ، فالأم أحرى أن لاينزع الولد منها إذا رضيت الصبية ، إذ لها الولاية[٥] والحضانة ، ولايضرها التزويج كما لم يضر العمة ، والله أعلم .

ويحتمل إنما كانت العمة أولى لترك الجدة حضانتها أولاً كالأم إذا تركت حضانتها للأب ثم مات فليس لها أخذهم[٦] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٣٥٢/ب ، ٣٥٣/أ.
(٢) المصدر نفسه ل٣٥٢/ب .
(٣) العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٣٩٣ .
(٤) أي ترك الجارية مع عمتها .
(٥) في أ ، ب "الوصية" .
(٦) كما تقدم ، انظر : ص٥١٣ .

ومن المدونة : قال مالك : وكل من له الحضانة من أب أو رحم أو عصبة ليس له كفاية ،ولاموضعه بحرز ولايؤمن في نفسه ، فلاحضانة له ، والحضانة لمن فيه ذلك وإن بعد ، وينظر السلطان في ذلك للولد بالذي هو أكفى وأحرز ، فربَّ والد يضيع ولده ، ويدخل عليهم رجالاً يشربون فينزعون منه.

ويترك الولد في الحضانة عند غير الأم إلى حدّ مايترك عند الأم[(١)] .

قال مالك في كتاب ابن المواز : وإذا نكحت الأم فالجدة للأم أولى بحضانة الولد إذا كان لها منزل تضمهم فيه ولاتضمهم مع أمهم[(٢)] .

ومن العتبية : قال أشهب :ولايكلف الأب مع النفقة على الولد النفقة على الجدة أو الأم ولاأجر حضانتها إذا أبى ذلك ، وإنما عليه نفقة الولد خاصة وإن قامت عليهم وحضنتهم إلا أن يصالحها على شئ يرضاه[(٣)] .

قال مالك : وإذا قال الأب : ماعندي ماأنفق على الولد ، والولد ابنةٌ بنت أربع سنين قال : ولكن أرسليها إليّ تأكل معي ، قال مالك : يُنظر ؛ فإن كان ماذكر أمراً معروفاً[(٤)] قيل للأم : أرسليها تأكل مع أبيها وتأتيك بالليل ، وإن خيف أن يضر بالأم وهو واحد فليس له ذلك[(٥)] .

فصل [٣ ـــ في حضانة غير الأم]

والأم أحق بحضانة الولد في الوفاة والطلاق حتى يبلغوا ماوصفنا[(٦)] ، فإن ماتت الأم أونكحت فدخلت فالحضانة لمن هي أقعد بالأم إذا كانت ذا محرم من الصبيان فالجدة للأم أحق وإن قعدت بعد الأم ، ثم الخالة[(٧)] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٣٦٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .
(٢) النوادر والزيادات ل٣٥٢/أ .
(٣) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٣٧٧ .
(٤) أي أنه ليس عنده ماينفقه على البنت .
(٥) لأنه إن كان واجداً لزمه دفع نفقتها إلى أمها الحاضنة لها . انظر : المصدر نفسه ٥/٣٧٩ .
(٦) أي بلوغ النكاح كما تقدم ص٥١٤ .
(٧) انظر : المعونة ٢/٩٤٢ .

ابن المواز : وخالة الخالة كالخالة .

وروي عن مالك : أن الأب أولى من الخالة .

قال أصبغ : وليس هذا بشيء ، وقوله المعروف أن الخالة أحق[١] .

ومن المدونة : قال مالك : ثم الجدة للأب ثم الأب ، والأب أولى من الأخوات والعمات وبنات الأخ ، فإن لم يكن الأب فالأخت ثم بنت الأخت ثم العمة ثم بنات الأخ[٢] .

قال مالك في كتاب محمد : فإن لم تكن بنت أخ فالأخ ثم الجد ثم ابن الأخ[٣] ثم العصبة[٤] ، ° قال في المدونة : وهم الأولياء ، ومن هؤلاء الأولياء الجد والأخ وابن الأخ والعم وابن العم° ومولى[٦] النعمة ، لأنه وارث ، والمولى عتاقة ، وليس من يسلم على يديه بمولىً ولاينتسب إليه وإن ولاّه ، وإذا تزوجت الأم ولها أولادٌ صغارٌ وجدتهم لأمهم في بلدٍ ثانٍ وخالتهم معهم حاضرة ؛ فالخالة أحق ، وإذا كان الولد ليس لهم جدةٌ من قِبَل أمهم ، أو لهم جدةٌ لأُمٍّ لها زوجٌ أجنبيٌّ فالحضانة لمن هي أقعد بالأم على ماذكرنا[٧] .

قال عبد الوهاب : وإنما قُدِّمت قرابات الأم على قرابات الأب في الحضانة كما قدمت الأم على الأب ، وإنما قدمت الجدة على الخالة لأنها أقرب وهي والدة، ولذلك قدمت أم الأب على العمة لأنها والدة .

---

(١) النوادر والزيادات ل٣٥٢/أ،ب .

(٢) تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٣) في النوادر زيادة "ثم العم" .

(٤) قال محمد : والوصي وولي النعمة أولى من الأم إذا تزوجت .
النوادر والزيادات ل٣٥٢/ب .

(٥) ساقط من ز .

(٦) في أ ، ب "مولاة" .

(٧) أي إذا كانت محرماً من الصبيان .
انظر : المدونة ٣٦٠/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

واختلف إذا انتقلت الحضانة عن جهة الأم أيهما أقرب الأب أو قرابته من النساء؟ فإذا قلنا : إن الأب أولى فلأن به يدلون والأصل أولى ، وإذا قلنا : إنهن أولى فلأنهن بالصبي أرفق وألطف به تَأَتِّياً في مصالحه ، ولايمكن ذلك للأب ، لأن ذلك لايليه الرجال وإنما يليه لهم النساء(١) .

(٢ ابن وهب : إن كان للجدة أم الأم زوج فلاحق لها في الحضانة٢) (٣) .

ومن المدونة : قال مالك : وكل من خرج من بلده ، منتقلاً لسكنى بلدٍ آخر غير بلد الأم ، من أبٍ أو أحدٍ من أولياء الولد الذين ذكرنا ؛ فله الرحلة بالولد إذا كان الولد معه في كفاية ، تزوجت الأم أم لا ، ويقال لها : اتبعي ولدك(٥) إن شئت أو دعيه .

قال : وأما من خرج من الأولياء لسفرٍ من غير سكنى فليس له الرحلة بالولد الذين ذكرنا(٦) .

قال ابن أبي زمنين : كان بعض شيوخنا المقتدى بهم يفتون(٧) أن ليس للأب أن يرتحل بالولد لسكنى بلدٍ آخر حتى يثبت عند الحاكم [بالبلد](٨) الذي فيه الحاضنة(٩) أنه قد استوطن البلد الذي رحل إليه ، وخالفهم بعض أصحابنا وقال : إنه إذا أراد الرحيل أخذ ولده ساعة يرتحل . وعلى هذا القول يدل لفظ الكتاب(١٠) .

---

(١) انظر : المعونة ٩٤٢/٢ .
(٢) ساقط من ز .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٢/ب .
(٤) "كل" ليست في ز .
(٥) "ولدك" ليست في أ ، ب .
(٦) انظر : المدونة ٣٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .
(٧) "يفتون" ليست في ز .
(٨) من تهذيب الطالب .
(٩) في جميع النسخ "الحضانة" ، وهو تحريف .
(١٠) أي قول مالك : وكل من خرج من بلده منتقلاً ...الخ . وقد تقدم قريباً .

وقد أعاب القول الآخر بعض العلماء[1] وقال : أرأيت إن أراد الرحلة إلى العراق أيمضي إليها فيوطن ، ويشهد هناك ثم يرجع ويأخذ ولده؟ وليس هذا بشيء[2] .

ومن المدونة : قال مالك : وليس للأم أن تنقل الولد من الموضع الذي فيه والدهم أو أولياؤهم إلا إلى ماقَرُبَ كالبريد ونحوه حتى يبلغ الأب أو الأولياء خبرهم .

قال ابن القاسم : ثم لها أن تقيم هناك[3] .

قال في العتبية : وإن كان مسكن الأب بالإسكندرية فأرادت الأم لما طلقها أن تنقلهم إلى الفُسْطَاط[4] وبينهما ثلاثة أيام؟

قال : ليس لها ذلك[5] .

وسئل عمن كانت يسكن معها زوجها بمكانه ، ثم هلك زوجها وله منها ابنة بنت[6] ثمان سنين وللمتوفى إخوةٌ فأرادت الأم أن تنتقل بها إلى إخوتها إلى المسكن الذي كانت تسكنه قبل أن تتزوج هذا ؛ وبينهما مرحلتان[7] ، وأبى ذلك عمومة الجارية .

قال مالك : ليس للأم أن تخرجها من عند ولاتها[8] .

---

(١) وهو ابن الهندي كما في تهذيب الطالب .
وترجمته : هو أبو عمر أحمد بن سعيد بن إبراهيم الهمداني ، المعروف بابن الهندي ، فقيهٌ ، عالمٌ بالشروط والأحكام ، أقرَّ له بذلك فقهاء عصره ، ألف كتاباً في الشروط مفيداً جامعاً يحتوي على علمٍ كثير ، عليه اعتماد الموثقين والحكام ، توفي سنة ٣٩٩هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٦٤٩/٢ ، الديباج ١٧٢/١ ، شجرة النور ص١٠١ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٥٣/أ .

(٣) انظر : المدونة ٣٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٤) الفُسطَاط : هي المدينة التي بناها عمرو بن العاص في مصر في عهد أمير المؤمنين عمر بن الخطاب . انظر : معجم البلدان ٢٦٣/٤ .

(٥) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٨٧/٥ .

(٦) "بنت" ليست في أ .

(٧) المرحلة : هي المسافة التي يقطعها المسافر نحو يوم ، والجمع : المراحل . المصباح المنير ص٢٢٣.

(٨) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٣٦/٥ .

فصل [٤ ــ في حضانة الذمية والمجوسية]

ومن المدونة : وللذمية إذا طلقت أو المجوسية يسلم زوجها وتأبى هي الإسلام - فيفرق بينهما ــ من الحضانة ماللمسلمة إن كانت في حرزٍ وتُمنع أن تغذِّيهم بخمرٍ أو بخنزيرٍ ، فإذاخيف أن تفعل بهم ذلك ضُمَّتْ إلى ناسٍ من المسلمين ولاينزع منها إلا أن تبلغ الجارية وتكون عندها في غير حرز[١] .

وروى ابن وهب : أن لاحق للنصرانية في حضانتهم ، لأن المسلمة لو أثنى عليها ثناء[٢] سوءٍ أو كانت تطوف[٣] لنزعوا منها فكيف بهٰذه؟[٤]

وقال ابن المواز : الحضانة لها واجبة ، وكذلك الجدة النصرانية[٥] .

[فصل ٥ ــ في حضانة الأمة وأم الولد]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أعتق ولد الأمة وزوجها حرٌ فطلقها فهي أحق بحضانة ولدها إلا أن تباع فيظعن بها إلى غير بلد الأب فالأب أحق به ، أو يريد الأب انتقالاً إلى غير بلد الأم فله أخذه وليس العبد في انتقاله بولده كالحر ، والأم أحق بهم كانت أمةً أو حرةً ؛ لأن العبد لاقَرار له ولامسكن[٦] .

قال ابن القاسم في النوادر : وأرى في الاستحسان إن كان العبد التاجر له الكفاية أن يكون أحق بولده إذا تزوجت أمه وأما العبد المُخَارَج[٧] فلا[٨] .

---

(١) انظر : المدونة ٣٥٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .
(٢) "ثناء" ليست في أ ، ب .
(٣) أي تكثر الخروج .
(٤)،(٥) النوادر والزيادات ل٣٥٢/ب .
(٦) وإنما يسافر به ويظعن ويباع . انظر : المدونة ٣٥٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .
(٧) العبد المُخَارَج : هو الذي يتفق مع سيده على المُخارجة وهي : أن يشارطه على خراجٍ معلومٍ يؤديه إلى السيد كل يوم ، ويكون باقي الكسب للعبد ويستقل بالتكسب ، ولهما الفسخ كل وقت . تحرير ألفاظ التنبيه ص٢٤٤ .
(٨) النوادر والزيادات ل٣٥٣/ب .

ومن المدونة : ولأم الولد تعتق ماللحرة من الحضانة[١] .

ابن المواز : وقال ابن وهب في أم الولد تعتق : لاحضانة لها في الولد وإنما / [١٢٢/ب] ذلك للحرة يطلقها الزوج[٢] .

فصل [٦ ــ في التفريق بين الأمة الحاضنة وولدها]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا بيعت أمةٌ مسلمةٌ أو كافرةٌ لم يفرق بينها وبين ولدها ،وبيع معها إلا أن يستغني الولد عنها في أكله وشربه ومنامه وقيامه ، وحد ذلك إذا بلغ الإثّغَار[٣] مالم يعجل به ، جواري كن أو غِلماناً ، بخلاف حضانة الحرة .

وقال الليث : حدُّ ذلك أن ينفع نفسه ويستغني عن أمه ، فوق عشر سنين ونحو ذلك .

قال مالك : ويفرق بين الولد الصغير وبين أبيه وجده وجداته لأمه أو لأبيه في البيع متى شاء سيده ، وإنما ذلك في الأم خاصة[٤] .

قال الشيخ : وفي كتاب "التجارة بأرض[٥] الحرب" إيعاب هذا .

---

(١) تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٢) النوادر والزيادات ل٣٥٣/أ .

(٣) الإثغار : سقوط أسنان الصبي ، يقال : ثُغِرَ الغلامُ ثَغْراً إذا سقطت أسنانه الرواضع . انظر : اللسان ، مادة (ثَغَر) .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٦٠،٣٦١ .

(٥) في ز "إلى" بدل "الباء" .

[الباب الثالث عشر]
جامع من يلزم الرجل النفقة عليه

[فصل ١ ـــ في النفقة على المطلقة من أجل الولد]

قال الله سبحانه في النفقة على المطلقات من أجل الولد : ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾(١) ، وقال تعالى : ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(٢) ، فهذا إيجاب نفقة الولد ، ويدل عليه أيضًا قوله تعالى : ﴿وَلَا تَقْتُلُواْ أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ﴾(٣) ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم : "تقول لك امرأتك : أنفق عليّ أو طلقني ، ويقول لك عبدك : أنفق عليّ أو بعني ، ويقول لك ولدك : إلى من تكلني"(٤) ، فبين أن النفقة تلزم لكل واحد ممن ذُكِر(٥) ، وأنه يحتج بما ذكره ،ولاخلاف في ذلك(٦) .

وقال الله تعالى في النفقة على الزوجات في العصمة ومالأوجب عليهن من الرضاع : ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ﴾(٧) .

---

(١)،(٢) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٣) سورة الإسراء : آية ٣١ .

(٤) سبق تخريجه ص٢٨٣ .

(٥) في جميع النسخ "ذكرنا" والتصحيح من المعونة .
والمراد بمن ذُكِر : أي في النصوص السابقة من المطلقات والأولاد والزوجات والعبيد .

(٦) انظر : المعونة ٩٣٧/٢ .

(٧) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .
قال عبد الحق : قوله عز وجل ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ هذا الخطاب لمن كان في عصمة أبي المولود ، يدل على ذلك قوله تعالى : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ قال غير واحد من علمائنا : وهذا هو موضع نفقة الزوجات ، لأنه لم يذكر أن المولود له فارق أم المولود وإنما جرى الحكم في زوجين .
تهذيب الطالب ل٥٣/أ .

قال زيد بن أسلم[١] : لاتلقيه له وهو لايجد من يُرضعه ، ولاينزعه منها وهي تريد رضاعه وعلى الوارث مثل ذلك[٢] .

قال غيره : وقوله تبارك اسمه : ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾[٣] معطوفٌ على قوله : ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾[٤] ، وذلك أولى في اللسان من أن يكون معطوفاً على ذكر النفقة للزوجات[٥] .

وذكر ابن القاسم عن مالك : أن الآية منسوخة[٦] .

[فصل ٢ ـــ فيمن لانفقة لها]

وقال الله سبحانه في الزوجات : ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾[٧] .

قال عبد الوهاب : وقال النبي صلى الله عليه وسلم : "تقول لك امرأتك : أنفق عليَّ أو طلقني"[٨] ، ولأن الزوجية عقدٌ على منافع ، والنفقة في مقابلة تلك المنافع ، وهي واجبةٌ للزوجة بالعقد والتمكين والاستمتاع .

---

(١) هو زيد بن أسلم العدوي المدني ، إمامٌ ، حجةٌ ، فقيهٌ ، حدّث عن أبيه وابن عمر وجابر بن عبد الله وأنس بن مالك وابن المسيب وغيرهم ، ثقةٌ كثير الحديث ، توفي بالمدينة سنة ١٣٦هـ.
انظر : الطبقات ٤١٢/٥، ٤١٣ ، سير أعلام النبلاء ١٢٤/٦ .

(٢) انظر : المدونة ٣٦٧/٢ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٣ .

(٤) فيكون المعنى : وعلى الوارث من تحريم الإضرار بالأم ماعلى الأب .
انظر : أحكام القرآن ٢٠٥/١ .

(٥) تهذيب الطالب ل٥٣/أ .

(٦) قال أبو جعفر النحاس : ولم يبين ذلك ولاعلمت أن أحداً من أصحابه بيّن ذلك والذي يشبه أن يكون الناسخ لها عنده والله أعلم أنه لما أوجب الله للمتوفى عنها زوجها من مال المتوفى نفقة حول والسكنى ثم نُسخ ذلك،ورفعه نسخٌ أيضاً عن الوارث . المصدر نفسه ل٥٣/أ .

(٧) سورة الطلاق : آية ٧ .

(٨) سبق تخريجه ص٢٨٢ .

ولانفقة على الزوج غير البالغ ، لأنه لايتأتّى منه الاستمتاع الذي يُعَاوض عليه لصغره ، ولاللصغيرة التي لايوطأ مثلها ، لأن الاستمتاع غير مُتأتٍّ منها ، وإن كانت تطيق الوطء لزمته النفقة عليها ، لأنها كالبالغ ولانفقة لناشزٍ لما بينَّا أنها في مقابلة الاستمتاع والتمكين منه ، فإذا عُدِمَ لم تجب(١) .

وقال أبو عمران : اختلف في الناشز على زوجها هل لها النفقة؟ فعند ابن المواز وهو لمالكٍ وأراه لابن القاسم وقاله سحنون : إن لها النفقة .

وقال البغداديون من أصحابنا : لانفقة لناشز ، لأنها منعته الوطء الذي هو عوض النفقة ، واعتلوا بإيجاب النفقة على الزوج إذا دعي إلى البناء ، وأن ذلك لايلزمه إذا لم يمكن من البناء .

قال أبو عمران : فأنا أستحسن في هذا الزمان أن يقال لها : إما أن ترجعي إلى بيتك وتحاكمي زوجك وتناصفيه وإلا فلانفقة لك ، لتعذُّر الأحكام والإنصاف في هذا الوقت، فيكون قول البغداديين في هذا حسناً ، ويكون الأمر على ماقاله الآخرون(٢) إذا كان الزوج يقدر على محاكمتها فلم يفعل ، فيؤمر بالنفقة حتى إذا لم تمكنه المحاكمة ولم يتمكَّن / له حاكمٌ يُنْصِف ، ولم تُجبه هي إلى الإنصاف فاستحسن أن لانفقة لها . [١٢٣/أ]

وكذلك الهاربة إلى موضعٍ معلومٍ(٣) هي مثل الناشز ، وأما إلى موضعٍ مجهولٍ فلانفقة لها(٤) .

---

(١) انظر : المعونة ٧٨٢/٢،٧٨٣ .

(٢) وهم القائلون بأن لها النفقة .

(٣) في أ ، ب زيادة "واو" .

(٤) تهذيب الطالب ل ٥٣/ب ، ٥٤/أ .

[فصل ٣ ــ في النفقة على الولد]

قال ابن القاسم في كتاب ابن سحنون : وإذا لم يكن للأب ماينفق منه على ولده[١] إلا دار ، فإن كان فيها فَضْلٌ وإلا فلانفقة عليه[٢] .

قال بعض أصحابنا : وليس هو كمن أعتق شركاً له في عبدٍ ولكن لزمته كفارة ، لأن الله تعالى قال في الكفارات[٣] : ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ﴾[٤] وهذا واجد ، وقال في العتق[٥] : "فإن لم يكن له مال"[٦] ، وهذا له مال ، فلذلك وجب البيع عليهما وإن كان لافضل في الدار ، وأما النفقة على الولد فإنما هي مواساة ، وإنما يواسي من له مال[٧] وكان غنياً ، وإذا لم يكن في داره فضلٌ فهو فقيرٌ ، ألا ترى أنه يأخذ الزكاة كما يأخذها الفقراء فلم تتوجّه عليه نفقةٌ لهذا ، والله[٨] أعلم .

قال مالك : ويلزم الأب المليء نفقة ولده الصغير الفقير ، قال : وإذا أخذ الولد من له الحضانة فعلى الأب نفقتهم وكسوتهم وسكناهم مابقوا في الحضانة ، ويخدمهم إن احتاجوا إلى ذلك وكان الأب مليئاً ، ولحاضِنَتهم قبض نفقتهم ، وإن كان الأب عديمًا فهم من فقراء المسلمين ، ولايجبر أحدٌ على نفقتهم ولاالأم وإن كانت موسرةً ، إلا الأب وحده إذا قَدِر[٩] .

---

(١) في أ ، ب "من أن ينفق على ولده" .

(٢) المصدر نفسه ل٥٣/أ .

(٣) أي كفارة قتل الخطأ واليمين والظهار .

(٤) سورة النساء : آية ٩٢ .
سورة المائدة : آية ٨٩ .
سورة المجادلة : آية ٤ .

(٥) أي الرسول صلى الله عليه وسلم .

(٦) والحديث بتمامه : "من أعتق شقصاً له في عبدٍ فخلاصه في ماله إن كان له مال ، فإن لم يكن له مال ، استسعى العبد غيرمشقوقٍ عليه" .
أخرجه مسلم ، كتاب العتق ، باب ذكر سعاية العبد ١١٤٠/٢ رقم (١٥٠٣) .

(٧) "من له مال" ليست في أ ، ب .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل٥٣/أ،ب .

(٩) انظر : المدونة ٣٦٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

وقال ابن القاسم في الدمياطية فيمن طلق امرأته وله منها ولدٌ وهو[1] مليءٌ فعليه أن يخدم الولد ، والسكنى عليه وعليها[2] .

وقال يحيى بن عمر : يريد على الجماجم .

وقال أيضاً ابن القاسم : ليس عليه للولد إلا النفقة ، وليس عليه أن يكتري لهما[3] .

وقد تقدم من العتبية[4] ، وهو في كتاب محمد : أن ليس عليه للولد إلا النفقة ولايكلف نفقة للجدة[5] ولاللأم إلا أجر حضانتهما[6] .

ومن المدونة : قال : وتلزمه نفقة ولده الذكور حتى يحتلموا ، والإناث حتى يدخل بهن أزواجهن .

ـ **قال الشيخ** : لعجزهن عن التكسب ، بخلاف الذكور ـ .

قال مالك : إلا أن يكون للصبي كسبٌ يستغنى به ، أو له مالٌ فينفق عليه منه .

وإن طلقت الجارية بعد البناء أو مات زوجها فلانفقة لها على الأب وإن كانت فقيرة[7] .

قال الشيخ : وذلك لما قلنا[8] : إن النفقة إنما تجب باستصحاب الوجوب ، فإذا سقطت مرةً فلاتعود .

ومن المدونة : قال مالك : وإن طلقت قبل البناء فهي على نفقتها ، قال : وعليه نفقة من بلغ من ولده ، أعمى ، أو مجنوناً ، أو ذا زمانةٍ لاحِرَاك له .

---

(١) "وهو" ليست في أ .

(٢)،(٣) النوادر والزيادات ل٣٥٢/أ ، تهذيب الطالب ل٥٣/أ .

(٤) انظر : ص٥١٦ .

(٥) في ز "للخدمة" ، وهو تحريف .

(٦) وإن كان الأب واجداً . انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٢/أ .

(٧) انظر : المدونة ٣٦٢/٢،٣٦٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٨) أي فيما تقدم ، انظر ص٥١٢ .

ـ **قال الشيخ** : لأن ذلك يمنع التكسب ، فإن صحوا سقطت ثم لاتعود إن عاد ذلك[1] ، لأن نفقتهم إنما تجب باستصحاب الوجوب ـ .

قال مالك : وإن بلغوا أصحاء ثم أصابهم ذلك بعد خروجهم من ولاية الأب فلانفقة لهم عليه[2] .

ابن المواز : قال مالك : ولو بنى بالبكر زوجها وهي زَمِنَةٌ ، ثم فارقها فالنفقة باقيةٌ[3] على الأب كالصغيرة تطلق بعد البناء وقبل المحيض ، واختلف في نفقة هٰذه بعد المحيض .

وقال ابن وهب في الولد يبلغ أعمى أو مبتلىً أو مكسوراً : فلانفقة على أبيه وعلى كل محتلمٍ نفقة نفسه[4] .

قال الشيخ : وقول مالك أولى لما بيَّناه[5] ، وإنما كان البلوغ في الذكور حداً لأنه قد بلغ حد التكسب والقيام لنفسه ، فإذا بلغ زَمِناً فلم يبلغ بعد حد التكسب ، فهو على أمره[6] حتى يبلغه ويطيقه .

فصل [٤ ـ في إنفاق الأب على الولد وله مال في يد أبيه]

ابن المواز : قال مالك : وإذا أنفق الأب على الولد من عنده وللولد مال عين بيد الأب أو غيره فله الرجوع فيه ، فإن مات الأب قبل أخذه فأراد الورثة الرجوع عليه بالنفقة مذ كان له مال ، فإن كان مال الولد عيناً وهو يمكنه أخذه فلم يفعل لم يكن للورثة الرجوع عليه وإن كتبه عليه الأب إلا أن يوصي به ، وذلك أن من / [١٢٣/م]

---

(١) أي عاد المانع من التكسب .

(٢) انظر : المدونة ٣٦٣،٣٦٢/٢ ، تهذيب ص١٠٢ .

(٣) "باقية" ليست في ز .

(٤) النوادر والزيادات ل٣٥٥/أ .

(٥) أي من التعليل بأن ماأصيب به الولد قبل بلوغه يمنع التكسب ، فتكون نفقتهم على أبيهم .

(٦) من إنفاق أبيه عليه .

شأن الآباء أن ينفقوا على الأبناء وإن كانت لهم أموال ، وأما إن كان مال الولد عروضًا أو حيوانًا فللورثة محاسبة الابن بذلك إذا كتبه[١] .

قال ابن القاسم في العتبية : إلا أن يقول في مرضه : لاتحاسبوه ، فذلك جائزٌ نافذ ، ولاتكون وصيةً لوارث ، لأنه شيءٌ فَعَله في صحته[٢] .

ابن المواز[٣] : وروي لمالكٍ أيضًا أنه قال : يحاسبوه إن كان المال عروضًا ، ولم يذكر كتبه أو لم يكتبه ، ويحسب كل وقتٍ بسعره .

وقال ابن القاسم : إن كان مال الولد عينًا لم يحاسبوا وإن كان عروضًا حوسبوا ، ولعله لم يمكنه البيع حتى مات .

وقال أشهب : أرى أن يحاسب في العين والعرض[٤] وإن أوصى أن لايحاسب[٥] .

فصل [٥ ـ في النفقة على الأبوين الفقيرين]

ومن المدونة : قال ربيعة : والنفقة على الأبوين الفقيرين مما يراه المسلمون ، لقول الله سبحانه : ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾[٦] [٧] .

قال الشيخ : وقول الله تعالى : ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[٨] .

---

(١) المصدر نفسه ل٣٥٥/أ .
(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٣٢،٤٣١/٥ ، النوادر والزيادات ل٣٥٥/أ .
(٣) في أ "ابن القاسم" وهو خطأ .
(٤) "والعرض" ليست في ز .
(٥) انظر : المصدر نفسه ل٣٥٥/أ،ب .
(٦) سورة البقرة : آية ٨٣ .
(٧) انظر : المدونة ٣٦٥/٢ .
(٨) سورة لقمان : آية ١٥ .

قال مالك : فيلزم الولد المليء نفقة أبويه الفقيرين ، كانا مسلمين أو كافرين والولد صغيرٌ أو كبيرٌ ، ذكرٌ أو أنثى ، كانت البنت متزوجةً أم لا وإن كَرِهَ زوج الابنة ، وكذلك من مالٍ يوهب للولد أو يُتَصَدَّق به عليه[١] .

قال عبد الوهاب : وإنما قال ذلك[٢] لقوله تعالى : ﴿وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾[٣] ، وقوله تعالى : ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾[٤] ، قال : وسواءٌ كان الأب صحيحًا ، أو مريضًا[٥] ، أو زَمِنًا ، وأمرهما أوكد[٦] من الولد[٧] .

[فصل ٦ ــ في النفقة على زوجة الأب وعلى خادمه وخادم الزوجة]

ومن المدونة : قال مالك : ويُنفِق على امرأةٍ واحدةٍ لأبيه لاأكثر وإن لم تكن أمَّهُ[٨] .

قال الشيخ : وحكي لنا عن بعض شيوخنا القرويين أنه قال : اختلف إذا كان للأب امرأتان ، إحداهما أم الولد وهي فقيرة ، والأخرى أجنبية ، فقيل : تلزمه نفقتهما ، فأمُّه لأنها فقيرةٌ ولو فارقها الأب لزمه نفقتها ، والأخرى فلأنها لو كانت وحدها لزمته لها النفقة .

وقيل : لانفقة عليه لزوجة أبيه الأخرى[٩] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٣٦٣/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .
(٢) أي وإنما قال مالك بوجوب إنفاق الولد الموسر على أبويه المعسرين .
(٣) سورة لقمان : آية ١٥ .
(٤) سورة البقرة : آية ٨٣ .
(٥) "أو مريضا" ليست في أ ، ب .
(٦) في ز "أحد" .
(٧) انظر : المعونة ٩٣٨/٢ .
(٨) انظر : المدونة ٣٦٣/٢ .
(٩) انظر : تهذيب الطالب ل٥٣/ب .

قال الشيخ : وهذا أشبه بظاهر الكتاب[١] إذ ليس عليه أن ينفق له إلا على امرأة واحدة ، فإذا كانت أُمُّه تقوم بالأب وموافقته فليس عليه أن ينفق على الأخرى كما ليس عليه[٢] أن ينفق على امرأتين .

ومن المدونة : ويُنفِق على خادم أبيه وعلى خادم زوجة أبيه ، لأن خادم زوجة أبيه[٣] تخدمه ، إذ على الابن إخدامه إن قدر[٤] .

[فصل ٧ ـــ في النفقة على الأم]

قال مالك : وينفق على أُمِّه إن كان لها زوجٌ فقيرٌ ، ولاينفق على زوجها ، ولاحجة للولد إن قال : يفارقها الزوج حتى أنفق عليها[٥] .

قال ابن حبيب : قال مطرف : إذا كانت الأم فقيرةً والولد صغار يتامى فالنفقة لها في مال الولد على قدر المواريث ، على الذكرمثلا ماعلى الأنثى ، لأن النفقة إنما وجبت في أموالهم لصغرهم .

وقال أصبغ : بل هي عليهم بالسواء في صِغرهم وكِبرهم . وبقول مطرف أقول[٦] .

قال أبو محمد : وفي كتاب أبي الفرج[٧] في الأب يكون له بنون : إنه إن كان كل واحدٍ منهم تلزمه النفقة على انفراده لزمتهم النفقة أجمعين بالسواء ، وإن كان بعضهم لايلزمه على انفراده شيءٌ فنفقته على باقيهم .

وكأن ابن المواز أشار إلى أن على كل واحدٍ منهم بقدر يساره وجِدَتِه[٨] .

---

(١) وهو ماتقدم من قول مالك في المدونة .

(٢) في أ "له" .

(٣) في أ ، ب "زوجته" .

(٤)،(٥) انظر : المدونة ٢/٣٦٤ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٦) والقائل هو ابن حبيب ، انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٤/ب ، تهذيب الطالب ل٥٣/ب .

(٧) لعل المراد بكتاب أبي الفرج هو الحاوي في الفقه .

(٨) المصدر نفسه ل٥٣/ب .

قال الشيخ : ومافي كتاب أبي الفرج أبين ، وذلك كالحُمَلاء بدين لرجل ، وكل واحدٍ حميلٌ بصاحبه ، فإنه إن لقي أحدهم أخذه بجميع الدين ، وإن لقيهم جميعا أملياء أخذ كل واحدٍ بما ينوبه .

قال الشيخ : ووجه قول أصبغ[1] : فلأن كل واحدٍ لو انفرد لوجبت عليه النفقة كاملة ، صغيراً أو كبيراً ، ذكراً أو أنثى ، فإذا اجتمعوا وزعت عليهم بالسواء وله وجهٌ في القياس[2] .

ومن المدونة : قال مالك : وماأنفق على الوالدين من مال الولد فلايُتبعان به إذا أيسرا ، وإن كان الأب أو الابن فقيراً لم يلزم أحدهما نفقة صاحبه ، وينفق على من له خادم / من الأبوين عليه وعليها ، وكذلك إن كانت له دارٌ لافضل في ثمنها فله النفقة كما يعطى من الزكاة ، ويعدى على الغائب في بيع ماله للنفقة على من ذكرنا . [١٢٤/أ]

ومن أسلم وله بناتٌ قد حِضن فاخترن الكفر فعليه نفقتهن[3] .

قال الشيخ : قال[4] هاهنا : ينفق على خادم الأب ، وقال : لاينفق على خادم الولد ، فيقال له : إما أنفقت أو بِعت[5] . والفرق بينهما : أن الأب هو المحتاج للخادم إما للخدمة أو للوطء ، فهي كالزوجة ، والولد ليس به حاجةٌ إلى الخدمة ، فإن كان الولد محتاجاً إلى الخدمة لزم الأب النفقة عليه وعلى خادمه ، إذ عليه إخدامه ، ولافرق بينهما إذا اتفق السؤال .

---

(١) وهو التسوية بين ذكرهم وأنثاهم .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٥٣/ب .

(٣) انظر : المدونة ٣٦٤/٢،٣٦٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٤) أي مالك وابن القاسم .

(٥) كما سيأتي قريباً ، انظر ص٥٣٣ .

فصل [٨ ــ في النفقة على من رحلت مع زوجها]

قال مالك : وللزوج أن يظعن بزوجته من بلدٍ إلى بلدٍ وإن كرهت وينفق عليها ، وإن قالت : حتى آخذ صداقي ، نُظِر ، فإن كان قد بنى بها[١] فله الخروج بها وتتبعه به ديناً[٢] .

قال الشيخ : يريد في عدمه ، وأما[٣] إن كان موسراً فلاتخرج حتى تأخذ صداقها ، وقاله أبو عمران[٤] .

قال مالك في العتبية : يُنظَر إلى صلاحه وإحسانه إليها ، إذ ليس له أن يخرج بها ثم[٥] يطعمها شوك الحيتّان .

فصل [٩ ــ في النفقة على الجد ونفقته على ولد ولده]

ومن المدونة : قال مالك : ولايلزم الجد نفقة ولد الولد كما لاتلزمهم نفقته[٦] .

قال عبد الوهاب :لأن النفقة على الأقارب لاتلزم انتقالاً وإنما تجب ابتداءً ، ونفقة الجد كانت لازمةً للأب فلاتنتقل إلى ولده ، وكذلك نفقة الولد كانت لازمةً للأب فلاتنتقل إلى الجد[٧] .

---

(١) "بها" ليست في أ .

(٢) وليس لها أن تمتنع منه من الخروج من أجل دينها .
انظر : المدونة ٢/٣٦٥،٣٦٦ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٣) "وأما" ليست في أ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل٥٣/ب .

(٥) في أ ، ب "حتى" ، وماأثبته أصح .

(٦) انظر : المدونة ٢/٣٦٦ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٧) انظر : المعونة ٢/٩٣٩ .

فصل [١٠ ــ في النفقة على خادم زوجته والنفقة على الأخ]

ومن المدونة : قال : ويلزم الزوج نفقة زوجته وخادمٌ واحدةٌ مِنْ خَدَمِها لاأكثر ، قال : ولاتلزمه نفقة أخٍ ولاذي رحمٍ منه[١] .

فصل [١١ ــ في نفقة الأب على خادم ولده]

قال مالك : وإذا كان للبكر خادمٌ ورثتها عن أمها ولابد لها ممن يخدمها فعلى الأب أن ينفق على الابنة ، ولاتلزمه نفقة خادمها .

قال ابن القاسم : ويقال للأب : إما أنفقت علىالخادم أو بعتها[٢] .

قال سحنون : لايلزمه لها ولاللخادم نفقة ، لأنها مليئة[٣] .

وكذلك قال ابن المواز عن أشهب : أنه لانفقة عليه لابنته ، لأن لها خادماً ، ويبيعها لينفق عليها ، ويزكي زكاة الفطر عنها[٤] .

قال ابن المواز : وإن كان الولد لابد له ممن يخدمه فعلى الأب أن ينفق ويزكي عن الولد[٥] والخادم ويجبر على ذلك ، وإن كان الولد غنياً عن الخادم فلاشيئ على الأب إلا أنه ينفق ويزكّي ويكتب ذلك عليه ، فإذا باع استوفى ، وإلى هذا رجع ابن القاسم وأشهب[٦] .

---

(١)،(٢) انظر : المدونة ٣٦٦/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٢ .

(٣)،(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٥٥/أ .

(٥) "الولد" ليست في أ .

(٦) أي عن قولهما بعدم نفقة الأب على خادم ولده .

[الباب الرابع عشر]
ماجاء في الحكمين

قال الله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾[(١)] .

وبعث عثمان بن عفان رضي الله عنه ابن عباس ومعاوية رضي الله عنهما حكمين في قصة عقيل بن أبي طالب[(٢)] وامرأته فاطمة بنت عُتبة بن ربيعة[(٣)] [(٤)] .

وقال علي رضي الله عنه للحكمين : أتدريان ماعليكما؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرِّقا فرَّقتما[(٥)] .

وتفريقهما على وجه الحكم لاعلى وجه الوكالة[(٦)] خلافاً لأبي حنيفة[(٧)] والشافعي[(٨)] ، لقوله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ وذلك خطابٌ للأئمة والحكام دون الزوجين ، ولأنه تعالى سمَّاهما حَكَمَين ، وذلك يفيد تعلق الحكم بهما دون الوكالة[(٩)] .

---

(١) سورة النساء : آية ٣٥ .

(٢) هو أبو يزيد عقيل بن أبي طالب بن عبد المطلب القرشي الهاشمي ، خرج إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مهاجراً في أول سنة ثمان ، فشهد غزوة مؤتة ،كان عالمًا بأنساب قريش ومآثرها ومثالبها ، توفي بعدما عَمِيَ في أول خلافة يزيد .
انظر : الطبقات ٣١/٤ ، الإصابة ٤٨٧/٢ .

(٣) هي فاطمة بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس ، أخت هند أم معاوية بن أبي سفيان .
انظر : المصدر نفسه ٣٧٢/٤ .

(٤)،(٥) أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب النكاح ، باب الحكمين ٥١٢/٦،٥١٣ رقم (١١٨٨٧، ١١٨٨٣) .

(٦) انظر : التفريع ٨٧/٢ ، المنتقى ١١٤/٤ .

(٧) انظر : مختصر الطحاوي ص١٩١ .

(٨) انظر : الأم ٢٨٦/٥ ، التنبيه ص١٧٠ .

(٩) انظر : المعونة ٨٧٦/٢ .

ومن المدونة : قال مالك : وأحسن ماسمعت من أهل العلم أنه يجوز أمر الحكمين عليهما[١] .

قال : وبلغني أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : إليهما أن يفرّقا بينهما وأن يجمعا[٢] .

قال مالك : وإنما يبعثهما الإمام إذا قَبُحَ مابين الزوجين حتى / يُجْهَلَ حقيقة [١٢٤/ب] أمرهما ، ولايثبت ذلك بالبينات[٣] ، فيبعث الإمام حينئذٍ حكماً من أهله وحكماً من أهلها من أهل العدل والنظر ، فإن لم يكن في أهلهما من يراه لذلك أهلاً ، أو لاأهل لهما بعث من غير الأهلين ، وإذا وجد من الأهلين كان أولى لعلمهما بالأمر فإن استطاعا الصلح أصلحا بينهما وإلا فرّقا بينهما ، ثم يجوز فراقهما دون الإمام .

قال : وللزوجين أن يرضيا ببعثهما دون الإمام ، فإن جعلا ذلك إلى رجلٍ عدلٍ فحكم مضى ذلك عليهما ، ولايجوز في ذلك تحكيم عبدٍ أو صبيٍ أو مشركٍ أو سفيهٍ أو امرأةٍ ببعث الإمام أو ببعث الزوجين دونه أو من يليهما إن كانا في ولاية ، لأن ذلك خارجٌ عمّا أراد الله سبحانه من الإصلاح إلى الضرر[٤] ، وهؤلاء لايجوز منهم اثنان فكيف بواحد .

وقد قال ربيعة : لايبعث الحكمين إلا السلطان فكيف يُجَاز[٥] تحكيم المرأة والعبد والصبي والنصراني والمسخوط .

ولو حكم الزوجان من ذكرنا أنه لايحكم ففرق لم يمض ذلك ولايكون ذلك طلاقا ، لأن ذلك لم يكن على وجه تمليك الطلاق ، ويدل على ذلك دخول الزوجة فيه بتحكيمها ، ولامدخل للزوجة في تمليك الطلاق[٦] .

ابن المواز : أما المسخوطان وهما غير ذوي عدلٍ فيمضي ماحكما كما لو قضي بشهادتهما ثم تبين ذلك لم يُرَد .

---

(١) أي على الزوجين .
(٢) وهو ماتقدم ذكره قريباً .
(٣) في ز "الثبات" .
(٤) في ز "الغرر" وهو تصحيف .
(٥) "يجاز" ليست في أ ، ب .
(٦) انظر : المدونة ٣٦٧/٢-٣٧١ ، تهذيب المدونة ص١٠٢،١٠٣ .

ومن المدونة : وإذا كان أحد الزوجين أو كلاهما في ولايةٍ فذلك في بعث الحكمين إلى من يليهما دون العصبة .

قال مالك : وإذا حكما بالفراق كانت طلقةً بائنةً ، حكما بأخذ مالٍ أو بغير مال ، قال : ولايفرّقا بأكثر من واحدة .

قال : فإن حكما بالفراق بغُرمٍ على المرأة لنفي الضرر عنها جاز ، وإن حكما بغرمٍ على الزوج لم يجز .

قال ربيعة : إن كان الظلم منه فرّقا بغير شيئ ، وإن كان منهما أعطي الزوج على الفراق بعض الصداق ، فإن كان الظلم منها خاصة جاز ماأخذا له منها[1] .

قال أبو عمران : قول ربيعة هذا إن كان الظلم منها أو منه أو منهما ، وِفَاقٌ وليس بخلافٍ للمذهب إن تأوّل أن معنى قوله : أضرَّ بها[2] ، أي في دعواها[3] .

قال الشيخ : وظاهر قوله : أن معنى قوله : أضرَّ بها ، وثبت ذلك عليه لابدعواها ، وكأنه أجاز للحكمين أن يأخذا له منها إن كان الضرر منها ، وقد قال بعض شيوخ أفريقية : لايجوز أن يخالع[4] / الرجل زوجته على أن يأخذ منها إذا كان الضرر من قِبَلِ الزوجين جميعا ، وهو منصوصٌ لمن تقدم من علمائنا[5] . [١٢٥/أ]

قال[6] : وليست[7] كمسألة الحكمين إذا كان الضرر منهما جميعاً ، لأن النظر[8] هاهنا لغير الزوجين فيحكمان في ذلك بالاجتهاد ، فإذا رأيا من النظر أن

---

(١) انظر : المدونة ٣٦٨/٢ ومابعدها ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .
قال ابن أبي زيد : إن تبين لهما أن الضرر والنشوزمن قِبَلِ المرأة جاز للزوج ماأخذ له منها على الفراق وإن كان ذلك أكثر من صداقها . المقدمات الممهدات ٥٥٧/١ .

(٢) أي قول مالك في المدونة وهو : إن رأيا أن يأخذا من المرأة ويغرماها مما هو مصلحٌ لها ويخرجها من ملك من أضر بها فجائز ،ولاينبغي أن يأخذا من الزوج شيئاً ويطلّقا عليه . المدونة ٣٦٩/٢ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٥٤/أ .

(٤) إلى هنا نهاية ل١٢٥/أ ، وبعض مافيها من المسائل ذكر بعد هذا ، لأنني سرت في ترتيبها في هذا الموضع على مافي نسخة ز ، لأنه أحسن .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٥٤/أ .

(٦) أي أبي عمران .

(٧) أي مسألة الخلع .

(٨) في جميع النسخ "الضرر" ، والصحيح ماأثبته .

يعطى بعض شيءٍ من مالها على أن تخرج من عصمته جاز ذلك ، وأما إذا ابتدأ هو الخلع بشيءٍ يأخذه فلايجوز له ذلك وقبله شيءٌ من الضرر .

قال الشيخ : فدل قوله هذا أن للحكمين أن يعطيا الزوج شيئاً من مالها وإن كان الضرر من قِبَلِهمَا وعُرف ذلك وثبت ، والله أعلم .

وقال في كتاب ابن المواز : وإذا نَزَعَ أحد الزوجين أو هما[1] جميعاً قبل حكم الحكمين فذلك لمن نزع إلا أن يكون السلطان هو الباعث ، أو يكون نزوع من نزع بعد أن استوعبا[2] الكشف عن أمرهما وعزما على الحكم بينهما ، فلانزوع لمن نزع في هذا ويلزمه[3] .

قال الشيخ : لعله يريد إذا نزع أحدهما في هذا ، واما لو نزعا جميعاً ورضيا بالاصطلاح والبقاء على الزوجية فينبغي ألا يفرّق بينهما .

قال الشيخ : إن قيل : لم جاز للزوجين أن يحكِّما رجلاً واحداً ولم يجز في جزاء الصيد إلا رجلان وقد ورد النص أن يكونا حكمين في الوجهين؟[4]

فالجواب عن ذلك : أن الحكمين في جزاء الصيد إنما هما لحق الله تعالى لاحق للمحكوم عليه فيهما ، فوجب اتباع النص في ذلك ، وأما الزوجان فالحكم في ذلك إليهما ، لأنهما الخصمان ولهما أن يدفعا ذلك بالاصطلاح ، فلما كان الأمر إليهما جاز أن يرضيا بحكمين أو بحَكَمٍ واحدٍ أو يصطلحا على أنفسهما ولايحتاجان إلى حَكَم ، ولأنه لما جاز لهما أن يجعلاهما من غير الأهلين والنص إنما ورد أن يكونا من الأهلين دل أن الأمر إليهما ، وأن لهما أن يجعلا رجلاً واحداً كسائر المتحاكمين ، فالأمر في ذلك مفترق[5] .

---

(١) "هما" ليست في ز .

(٢) في أ ، ز "استوعب" .

(٣) النوادر والزيادات ل٣٣٥/أ ، تهذيب الطالب ل٥٤/أ .

(٤) فقال الله تعالى في الشقاق بين الزوجين : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ . سورة النساء : آية ٣٥ .
وقال في جزاء الصيد : ﴿وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ . سورة المائدة : آية ٩٥ .

(٥) انظر : المصدرنفسه ل٥٤/أ .

قال ابن القاسم : فإن حكم أحدهما بالطلاق ولم يحكم الآخر ، أو حكم أحدهما على مال والآخر على غير مال لم يلزم شيء إلا باجتماعهما إلا أن ترضى الزوجة بالمال الذي قال أحدهما واجتمعا على الفراق فيلزم ، وإن حكم أحدهما بواحدة والآخر باثنتين ، أو اجتمعا على واحدة ، أو على الثلاث ، أو حكما بلفظ ألبتة أو خليّة أو بريّة ونوى بها الحكمان ثلاثاً لم يلزم الزوج في ذلك كله إلا واحدة بائنة ، دخل بها أم لا ، لأن مازاد على الواحدة خارجٌ عن معنى الاصلاح[1] .

وروي عن ابن القاسم أن الثلاث تلزم إن اجتمعا عليها ، وقاله أصبغ على حديث زَبْرَاء[2] [3] .

ومن المدونة : وحكم التي لم يدخل بها في الحكمين حكم المدخول بها إلا أنهما لايبطلان ماللزوج من الرجوع بنصف الصداق إن قبضته كما لايفرّقان على الأخذ منه ، ولو حكما بأخذ الزوج منها جميع المهر على الفراق جاز ذلك[4] .

قال أبو محمد : وأكثرما في باب الحكمين يذكر أنه لعبد الملك إلا ماذكرت لمالك فيه .

والله المستعان وهو حسبي ونعم الوكيل .

تم[5] كتاب الخلع[6] بحمد الله وحسن عونه وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلَّم تسليماً كثيراً .

---

(١) وقد قال مالك : مازاد على الواحدة فهو خطأ وليس بصواب ، وليس بمُصلح لهما أمراً ، والحكمان إنما يدخلان من أمر الزوج وزوجته فيما يصلح لهما ، وله جُعِلا .
انظر : المدونة ٢/٣٦٩، ٣٧٠ .

(٢) وفيه : أنها لما أخبرتها حفصة بأن أمرها بيدها مالم يمسها زوجها قالت : هو الطلاق ، ثم الطلاق ، ثم الطلاق ، ففارقته ثلاثاً .
وقد سبق تخريجه ص٩٦ .

(٣) انظر : البيان والتحصيل ٥/٤٥٥ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٧٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .

(٥) "تم ...الخ" ليس في ز .

(٦) في أ ، ب "إرخاء الستور" ، وهو خطأ .

[الكتاب السابع]
كتاب طلاق السنة[1] والعدة[2]

[الباب الأول]
في طلاق السنة والطلاق ثلاثاً أو في الحيض

[فصل ١ ــ في أدلة طلاق السنة وصفته]

قال الله تبارك وتعالى : ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ وَاتَّقُوا اللَّهَ رَبَّكُمْ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا﴾[3] ، وقرأ ابن عمر[4] رضي الله عنهما : ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِقَبْلِ عِدَّتِهِنَّ﴾[5] .

---

(١) الطلاق لغة : قال ابن فارس : الطاء واللام والقاف أصل صحيح مطّرد واحد ، وهو يدل على التخلية والإرسال . معجم مقاييس اللغة ، مادة (طلق) .
وشرعاً : هو صفة حكمية ترفع حليّة متعة الزوج بزوجته موجباً تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل زوج . شرح حدود ابن عرفة ٢٧١/١ .

(٢) العدة لغة : مشتقة من العد وهو إحصاء الشيء ، وعدة المرأة المطلقة والمتوفى زوجها : هي ماتعده من أيام أقرائها أو أيام حملها أو أربعة أشهروعشرليال ، وجمع عدتها عِدَد . انظر : اللسان ، مادة (عدد) .
وشرعاً : هي مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه . شرح حدود ابن عرفة ٣٠٥/١ .

(٣) سورة الطلاق : آية ١ .

(٤) في ز "عمر" ، وهو خطأ .

(٥) قال مالك : يعني بذلك ، أن يطلق في كل طهر مرة ، الموطأ ، كتاب الطلاق ، باب جامع الطلاق ٤٥٩/٢ .
قال ابن عبد البر عنها : هي قراءة ابن عمر وابن عباس وغيرهما ، لكنها شاذة ، لكن لصحة إسنادها يحتج بها وتكون مفسّرة لمعنى القراءة المتواترة .التلخيص الحبير ٢٠٦/٣ .

فندب الله عز وجل من أراد أن يطلق زوجته أن يوقع الطلاق في حال تعتد فيه ، وهو حال الطهر لاحال الحيض ، وأن يكون رجعياً لئلا يندم فلايمكنه التلافي[١] .

وقال تعالى : ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[٢] فدلّ بذلك أنه لايجوز الطلاق في الحيض ولاالطلاق ثلاثاً ، ودلّنا الله عز وجل أن من طلق / ثلاثاً عاصٍ ولزمه ذلك بقوله تعالى : ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[٢] وهي الرجعة ، فجعلها الله عز وجل فائتةً لمن أوقع الطلاق الثلاث في كلمةٍ واحدة[٣] ، وألزمه ماأوقع ، ونهى الرسول عليه الصلاة والسلام عنه إيقاع الثلاث في كلمةٍ واحدة[٤] [٥] ، وقد عاقب علي بن أبي طالب رضي الله عن وغيره من طلق ألبتة[٦] ، وقد قال ابن عباس فيمن فعل : عصى الله فأندمه ، وأطاع الشيطان فلم يجعل له مخرجاً[٧] . [١٢٥/ب]

وقال ابن عمر : عصى الله وخالف السنة ، وذهبت منه امرأته[٧] .

ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن الطلاق في الحيض ، وقال في طلاق ابن عمر امرأته في الحيض : "مُرْهُ فليراجعها" - وإنما الرجعة بعد لزوم الطلاق "ثم ليمسكها"[٨] فدل أن معنى الإمساك غير المراجعة .

---

(١) انظر : المعونة ٨٢٨/٢ .
(٢) سورة الطلاق : آية ١ .
(٣) "واحدة" ليست في ز .
(٤) كما في حديث محمود بن لبيد وسيأتي قريباً .
(٥) انظر : المدونة ٤٠٤/٢ .
(٦) أخرجه سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب التعدي في الطلاق ٢٦٢/١ رقم (١٠٦٥) .
(٧) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب المطلق ثلاثا ٣٩٥/٦ رقم (١١٣٤٤) .
(٨) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب قول الله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ ١٦٣/٦ ، ومسلم ،كتاب الطلاق ، باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ، وأنه لو خالف وقع الطلاق ويؤمر برجعتها ١٠٩٣/٢ رقم (١٤٧١) .

وقال القاضي عبد الوهاب : الطلاق في الحيض محرَّمٌ بالإجماع ، ومن أوقعه فيه لزمه ، خلافاً لمن قال : لايلزمه[١] ، ودليلنا : قوله صلى الله عليه وسلم لعمر في طلاق ابنه في الحيض : "مُرْهُ فليراجعها" ، وفي حديثٍ آخر[٢] أنه قال : أفتعتد بها؟ قال : نعم[٣] ، وأن ابن عمر قال : يارسول الله : أرأيت لو طلقتها ثلاثاً؟ قال : "إذاً بانت منك وعصيت ربَّك"[٤] .

وفي هذه الأخبار أدلةٌ أُخَر على المراجعة ، ولاتكون إلا مع نفوذ الطلاق ووقوعه .

والثاني قوله : أفتعتد بها؟ قال : "نعم" ، وهذا نص .

وقول ابن عمر : أرأيت لو طلقتها ثلاثاً؟ قال : "إذاً بانت منك وعصيت ربك" وهذا نص[٥] .

قال عبد الوهاب : ولاخلاف أن من فرَّق الثلاث أنها تلزمه ، لقوله تبارك وتعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ إلى قوله عز جل : ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾[٦] .

---

(١) وهم ابن عُلَيَّة وبعض أهل الظاهر والرافضة .
انظر : الإشراف ١٢٣/٢ .

(٢) "آخر" ليست في أ ، ب .

(٣) أخرجه البيهقي بلفظ : "كانت تبين منك وتكون معصية" ، كتاب الخلع والطلاق ، باب الاختيار للزوج أن لايطلق إلا واحدة ٥٤٠/٧ رقم (١٤٩٣٩) وقال : وهذه الزيادات التي أتى بها عطاء الخراساني ليست في رواية غيره وقد تكلموا فيه .
قال عنه ابن حجر : صدوقٌ يَهِمُ كثيراً ويُرسل ويُدلِّس . انظر : التقريب ٦٧٦/١ رقم (٤٦١٦) .

(٤) أخرجه البيهقي ، كتاب الخلع والطلاق ، باب الطلاق يقع على الحائض وإن كان بدعيًّا ٥٣٢/٧ رقم (١٤٩١٨) .

(٥) أي على لزوم الطلاق في الحيض . انظر : المعونة ٨٣٤/٢، ٨٣٦ .

(٦) سورة البقرة : آية ٢٢٩، ٢٣٠ .

وكذلك عندنا أن[1] من أوقعها في كلمةٍ فقد عصى ويلزمه[2] ، خلافاً لمن منع إيقاعه في كلمة[3] ، ودليلنا قوله عز وجل : ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ إلى قوله : ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾[4] ، فندبنا إلى طلاقٍ تملك فيه الرجعة ، لئلا نندم فلايمكننا التلافي ، وهذا يتضمن الوقوع .

وحديث ابن عمر : قلت : أرأيت لو طلقتها ثلاثاً؟ قال : "إذاً تبين منك وتكون معصية"[5][6] .

قال[7] : وذهب الشافعي إلى أن إيقاع الثلاث في كلمةٍ مباح[8] ، ودليلنا عليه أنه عصيان : حديث ابن عمر هذا ، ومانَدب الله عز وجل إليه من الطلاق الرجعي[9] ، وقال عز وجل : ﴿وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[4] ، وروى محمود[10] بن لَبِيد[11] قال : أُخبِر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجلٍ طلق امرأته ثلاث تطليقاتٍ جميعاً فقام غضبان وقال : "أيُلعبُ

---

(١) "أن" ليست في ز .

(٢) انظر : الرسالة ص٢٠١ ، المقدمات الممهدات ٥٠١/١ .

(٣) وهم أهل الظاهر . انظر : الإشراف ١٢٣/٢ .

(٤) سورة الطلاق : آية ١ .

(٥) سبق تخريجه قريباً .

(٦) انظر : المعونة ٨٢٧/٢،٨٢٨ .

(٧) أي القاضي عبد الوهاب .

(٨) انظر : مختصر المزني مع الأم ٢٠٥/٩ ، التنبيه ص١٧٤ .

(٩) أي في قوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(١٠) في أ ، ب "محمد" ، وهو خطأ .

(١١) هو محمود بن لبيد بن عقبة بن رافع بن امرئ القيس بن زيد بن عبد الأشهل الأنصاري ، صحابيٌ صغيرٌ ، كان ثقة قليل الحديث ، توفي بالمدينة سنة ٩٦هـ .
انظر : الطبقات ٥٧/٥ ، الإصابة ٣٦٧/٣ .

بكتاب الله وأنا بين أَظهُرِكُم"[١] ، ولأنه إجماع الصحابة ، وروي عن عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وعِمران بن حُصين[٢] ولامخالف لهم فيه[٣].

ومن المدونة : قال مالك : وطلاق السنة أن يطلق الرجل امرأته طلقةً[٤] في طهرٍ لم يمسَّ فيه وإن كان في آخر ساعةٍ منه ، ولايُتبعُها في ذلك طلاقاً ثم يمهلها حتى تنقضي عدتها برؤية أول دم الحيضة الثالثة في الحرة والثانية في الأمة ، فيتم للحرة ثلاثة أطهار وللأمة طُهران ، وهي الأقراء[٥] التي ذكر الله عز وجل[٦] .

قال أبو محمد وغيره : وإنما قلنا : أن يطلقها في طهرٍ لم يمس فيه ، لأنه إذا مسها فيه لبَّس عليها في العدة ، فلم تدرِ بما تعتد أبالوضع أو بالأقراء ، لأنها قد تحمل فتعتد بالوضع ، أو لاتحمل فتعتد بالأقراء / فكُرِهَ له أن يُدخل اللَّبْس عليها[٧]. [١٢٦/أ]

قال غيره[٨] : وفي حديث ابن عمر : "ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلَّق لها

---

(١) أخرجه النسائي ، كتاب الطلاق ، باب الثلاث المجموعة ومافيه من التغليظ ١٠٤/٦ رقم (٣٤٠١) قال ابن حجر : رواته موثقون .
انظر : بلوغ المرام ص٢٢٤ .

(٢) أخرجها ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب من كره أن يطلق الرجل امرأته ثلاثاً في مقعد واحد ٦٢/٤ رقم (١٧٧٨٢-١٧٧٨٦) ، والبيهقي ، كتاب الخلع والطلاق ، باب الاختيار للزوج أن لايطلق إلا واحدة ٥٤٢/٧-٥٤٤ رقم (١٤٩٤٣،١٤٩٤٦،١٤٩٤٩) .

(٣) انظر : المعونة ٨٢٨/٢،٨٢٩ .

(٤) "طلقة" ليست في ز .

(٥) في أ "الأطهار" .

(٦) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٨ .
انظر : المدونة ٤١٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .

(٧) انظر : المعونة ٨٣٤/٢،٨٣٥ .

(٨) أي غير القاضي عبد الوهاب ، والمراد به عبد الحق الصقلي .

النساء"[١] [٢] .

قال بعض مُتّبعي مالك : وإنما قلنا : أن الأقراء هي الأطهار خلافاً لأبي حنيفة في أنها الحِيَض[٣] ، لأن القرء مذكَّر ، ولو عنى به الحَيْضَ لقال : ثلاث قُرُوء ، والقَرْءُ جمع الرحم للدم ، ولايجمعه إلا في الطهر ، ومنه : قَرَيْتُ الضيف ، أي جمعته إليك[٤] .

قال الشاعر :

ذِرَاعَي حُرةٍ أدماء بِكْرٍ هَجانِ اللَّونِ لم تَقْرَأ جَنينا[٥] [٦]

قال عبد الوهاب : وفي قوله تعالى : ﴿وَٱلْمُطَلَّقَـٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ الآية[٧] أدلةٌ على ذلك[٨] :

أحدها : أن القرء اسمٌ يقع على الطهر والحَيْض ، والمراد أحدهما ، فيجب إذا قعدت المرأة ثلاثة قروءٍ أن يُطلَق عليها الاسم وتَبينُ منه .

---

(١) سبق تخريجه ص٥٤٠ .

(٢) قال عبد الحق : وقوله "فتلك" إشارةٌ إلى الحال الذي أمر فيها بالطلاق وهي حال الطهر التي لايصلح أن يراد في الكتابة إلا الطهر . تهذيب الطالب ل٥٧/أ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص٢١٧ ، مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٣/٨٠ .

(٤) انظر : اللسان ، مادة (قرأ) .

(٥) هذا البيت لعمرو بن كلثوم .
انظر : شرح المعلقات العشر وأخبار شعرائها ، جمع وتصحيح : أحمد بن أمين الشنقيطي (بيروت : دار الكتاب العربي ، ط : بدون ، ١٤١٤ هـ) ص٨٩ .
قال ابن منظور : قال أكثر الناس : معناه لم تجمع جنيناً ، أي لم يضطم رحمها على الجنين . اللسان ، مادة (قرأ) .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٥٧/أ .

(٧) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٨) أي على أن المراد بالأقراء الأطهار .

والثاني : أن الحكم يتعلق بأوائل الأسماء .

والثالث : أن جمعه بصيغة التذكير ، لأن جمع المؤنث فيما دون العشرة بغير هاء[١] ، وذلك يفيد أن جمع قُروءٍ هو طُهْرٌ لاحَيْضَة .

والرابع : أن إطلاق الأوامر والإخبار عن الوجوب على الفور[٢] ، ولايمكن ذلك إلا على مانقوله من أن يطلقها[٣]، فتعتد عُقَيب الطلاق ، ولايمكن ذلك في الحيض[٤] .

وقوله عز وجل : ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٥] أي : في حالٍ يعتددن فيها ، وعندهم[٦] أن حال الطهر ليست بحال عدة .

وقوله في حديث ابن عمر : "مُرْهُ فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله أن يطلَّق لها النساء"[٧] ، وهذا نص[٨] .

---

(١) أي لقال : ثلاث قروء ، ولم يقل : "ثلاثة قروء" ، وقد تقدم ذكر ذلك قريباً .

(٢) قال أبو الوليد الباجي : وإليه ذهب البغداديون من أصحابنا ، وبه قال أكثر أصحاب أبي حنيفة . انظر : إحكام الفصول ص١٠٢ .

(٣) أي طاهراً .

(٤) لأن الطلاق فيه محرّم بالإجماع كما تقدم بيانه .

(٥) سورة الطلاق : آية ١ .

(٦) أي الأحناف لأن الأقراء عندهم هي الحِيَض كما تقدم .

(٧) سبق تخريجه ص٥٤٠ .

(٨) أي على أن حال الطهر هي حال العدة التي أمر بالطلاق فيها . انظر : الإشراف ١٦٦/٢ .

[فصل ٢ ـ في الطلاق في طهر جامع فيه ، وطلاق الثلاث]

ومن المدونة : وكره مالك أن يطلقها في طهرٍ قد جامع فيه ، فإن فعل لزمه وتعتد بذلك الطهر وإن لم يبق منه إلا يومٌ واحد[1] ، ولايؤمر برجعتها .

ـ **قال الشيخ** : لأنه مطلقٌ للعدة فلم يوجد فيه التطويل كما وُجِد فيمن طلق في الحيض ـ

وكره أن يطلقها ثلاثاً في مجلسٍ واحد ، أو في كل طُهرٍ طلقة ، فإن فعل لزمه[2] .

قال أشهب : وقال ابن مسعود : إن أراد أن يطلق ثلاثاً فليطلقها في كل طهرٍ طلقة[3] .

قال أشهب في غير المدونة : لابأس به ما لم يرتجعها في خلال ذلك وهو يريد أن يطلقها ثانية ، فلايسَعُه ذلك ، لأنه يُطَوِّل العدة عليها ويضرُّ بها[4] .

قال الشيخ : فوجه كراهة مالكٍ أن يطلقها في كل طهرٍ طلقة : لأن ذلك ليس بطلاق السنة الذي أرشد الله عز وجل إليه[5] وهو الرجعي[6] ، لأنه بإيقاع الثالثة في الطهر الثالث لايمكنه الارتجاع وهي في العدة ، ولم تحل له إلا بعد زوجٍ فأشبه إيقاع الثلاث في كلمة .

---

(١) "واحد" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤١٩،٤٢٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .

(٣) أخرجه البيهقي ، كتاب الخلع والطلاق ، باب الاختيار للزوج أن لايطلق إلا واحدة ٥٤٣/٧ رقم (١٤٩٤٧) .

(٤) وقد قال الله تعالى : ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣١ .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٩/أ .

(٥) يشير إلى قوله تعالى : ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٦) في أ "الرجعة" ، وهو تحريف .

ووجه قول أشهب : أنه كان ممن يمكنه الارتجاع في الطهر الأول والثاني ، ولأنه[1] ليس في ذلك تطويلٌ فأشبه[2] الطلاق الرجعي .

[فصل ٣ ـــ في طلاق الحامل]

ومن المدونة : قال مالك : وطلاق السنة في الحامل أن يطلقها واحدةً متى شاء ، وتحل بالوضع لآخر ولدٍ في بطنها ، وله رجعتها ما لم تضع آخر ولدٍ في بطنها.

قال :ولا يطلقها ثلاثاً في مجلسٍ واحدٍ أو في مجالس ، فإن فعل لزمه .

قال ابن عمر لامرأة قالت له : إن زوجي طلقني ثلاثاً في كلمةٍ واحدة؟ قد بنتِ منه ، ولاميراث بينكما ، وقد عصى ربَّه وخالف السنة[3] .

[فصل ٤ ـــ في طلاق الصغيرة والآيسة]

ومن المدونة : قال مالك : والتي لم تبلغ المحيض يطلقها واحدةً متى شاء للأهِلَّة أو لغير الأهلَّة ،وعدتها ثلاثة أشهر ، وكذلك التي يئست من المحيض .

قال ابن شهاب : وقد / كان يُقال : يستقبل بطلاقها[4] الأهلَّة فهو [١٢٦/ب] أَسَد[5] [6] .

---

(١) "لأنه"ليست في ز .

(٢) في ز "فلم يشبه" .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٢٠،٤٢١ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .

(٤) أي التي يئست من المحيض .

(٥) لقول الله تعالى : ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ . سورة الطلاق : آية ٤ .

(٦) انظر : المدونة ٢/٤٢٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .

قال الشيخ : إذ قد يكون الشهر تسعة وعشرين يوماً فتعتد به ، وإذا طلقها لغير الأهلّة كانت عدتها[١] تسعين يوما[٢] ، فالطلاق للأهلة أخفّ عليها .

ومن المدونة : قال مالك : فإن طلقها قبل الهلال أو بعده اعتدت من حين طلقها ثلاثة أشهر ، ثلاثين يوماً كل شهر[٣] .

[فصل ٥ ــ في طلاق المستحاضة]

قال مالك : ويطلق المستحاضة واحدةً متى شاء ، وعدتها سنة .

قال ابن القاسم : كان في ذلك يطؤها أم لا .

قال الشيخ : يريد : لأنه ليس لها قرؤٌ يُعلم به براءة رحمها ، فيُنهى عن وطئها لئلا يُدخل عليها اللَّبس في العدة .

قال : وله رجعتها ما لم تنقض السنة ، فإذا مضت السنة حلَّت للأزواج إلا أن ترتاب ـ يريد : بجسِّ البطن ـ فتقيم إلى زوال الريبة .

قال مالك : فإن كان لها قرؤٌ يُعرف تحرَّاه فطلقها عنده واحدةً قبل أن يمس كغير المستحاضة[٤] .

قال في كتاب الاستبراء : ويكون ذلك لها قُرْءاً ، وتَحسب به إذا لم يشك النساء أنه دم حيض ، وتحل به الأمة في البيع[٥] ـ يريد : أنه يطلقها إذا طهرت من الدم الذي تنكره وعاودها دم الاستحاضة ، ولو طلقها في الدم الذي تنكره لجُبِرَ على الرجعة .

---

(١) في ز زيادة "في ذلك" .

(٢) عن كل شهر ثلاثين يوماً .

(٣) انظر : المدونة ٤٢٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .

(٤) انظر : المدونة ٤٢١/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .

(٥) انظر : المدونة ١٢١/٣ .

قال مالك في كتاب ابن المواز : لايبرؤهـا إلا السنة ، لأن استحاضتها ريبةٌ وإن رأت دماً تُنكِره[١] .

قال : ولو طلقها في ذلك الدم لجبر على الرجعة[٢] .

قال بعض فقهائنا : جعلها تعتد بالسنة احتياطاً خوفاً أن لايكون ذلك الدم دم حيضة ، وجبره إذا طلق فيه على الرجعة احتياطاً أيضاً خوفاً أن يكون دم حيضة[٣] .

وفي النوادر : باقي كلام ابن المواز[٤] .

قال[٥] : وكل نكاحٍ يفسخ بعد البناء لحَرَامِه ، أو كان مما يفسخ بطلاقٍ للاختلاف فيه ، فإن ذلك كله يفسخ في الحيض ، وتأخيره أعظم[٦] ، وكل مايفسخ قبل البناء لصداقه فإنه يفسخ في الحيض عند ابن القاسم وأشهب ، وأما ماللولي إجازته أو فسخه فإن بنى فإنه لايفرق فيه إلا في الطهر بطلقةٍ بائنةٍ، ويؤخِّر ذلك سيد العبد وولي السفيه حتى تطهر ثم يطلقها عليه بطلقةٍ بائنةٍ، ولو أعتق العبد ورشد السفيه قبل الطلاق لم تطلَّق عليه[٧] .

---

(١)،(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٥٨/ب .

(٣) فيكون قد خالف السنة لما طلق فيه . انظر : المصدر نفسه ل٥٨/ب .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ٣٤٥/ب .

(٥) أي ابن المواز .

(٦) كنكاح خامسة ، ونكاح المُحرِم ، ونكاح المرأة على عمتها أو خالتها ، وفي العدة إن بنى بها .

(٧) وكذلك لايفسخ لو لم يعلم النكاح من إليه فسخه حتى كان العتق والرشد .
انظر : المصدر نفسه ل٣٠٠/أ ، تهذيب الطالب ل٥٩/أ .

[فصل ٦ ــ في طلاق غير المدخول بها]

ومن المدونة : قال مالك : وله أن يطلقها قبل البناء واحدةً متى شاء وإن كانت حائضاً أونفساء ، إذ لاعدة عليها ، ونهى عنه أشهب[(١)] .

قال ابن المواز : وقول مالك أحبُّ إلينا .

قال عبد الوهاب : وإنما يطلق الصغيرة واليائسة من المحيض متى شاء لأن أوقاتهما متساويةُ بثلاثة أشهر ، فيؤمَن فيهما مايُخاف في الحائض والنفساء والطهر الذي قد مس فيه ، إذ ليس في ذلك تطويل عدة ولاإلباس فجاز في كل وقت ، وكذلك الحامل ، لأن عدتها وضع الحمل[(٢)] ، وكذلك المستحاضة ، لأن عدتها سنة فلاتطويل في ذلك .

وفي طلاق غير المدخول بها حائضاً روايتان : الجواز والمنع ، فوجه الجواز : أنه حالٌ لايلحقها ضررٌ بالطلاق فيها ، إذ لاعدة عليها ، ففارقت المدخول بها .

ووجه المنع : فلأنه طلاقٌ في الحيض ، وقد نُهِيَ عنه[(٣)] .

[فصل ٧ ــ في الطلاق في الحيض]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن قال لامرأته وهي حائض : أنت طالقُ للسنة ، أو قال : فإذا طهرت فأنت طالقُ ، لزمته مكانه طلقةُ ، وجبر على الرجعة ولو قال : ثلاثاً للسنة ، وقعن به ساعتئذٍ كانت طاهراً أو حائضاً وبانت منه .

ابن وهب : وإن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض ، فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال له : "مُرْه فليراجعها ، ثم ليمسكها ، حتى[(٤)]

---

(١) انظر : المدونة ٤٢٣،٤٢٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .

(٢) لقوله تعالى : ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ . سورة الطلاق : آية ٤

(٣) أي في المدخول بها كما في حديث ابن عمر . انظر : المعونة ٨٣٧/٢-٨٣٩

(٤) في أ "ثم" .

تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة / التي أمر الله تعالى أن يطلَّق لها النساء"[١] . [١٢٧/أ]

قال مالك : وإذا طلق المدخول بها طلقةً وهي حائض أو نفساء لزمه ذلك ، وجبر على الرجعة وإن طهرت وحاضت الثانية وطهرت ما لم تنقض العدة فتحل له وقاله ابن القاسم[٢] .

ابن المواز : وقاله ابن الماجشون ، وهو أحب إليّ ، لأنها رجعةٌ وجبت[٣] .

وقال أشهب : يجبر على الرجعة ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، فإذا صارت في الحال التي أباح[٤] النبي صلى الله عليه وسلم طلاقها لم يجبر على الرجعة[٥] .

قال عبد الوهاب : فوجه قول ابن القاسم : قوله صلى الله عليه وسلم : "مره فليراجعها" فأطلق و لم يقيد ، ولأن العدة باقية ، أصله ما لم تطهر الطهر الثاني .

ووجه قول أشهب : أنها صارت إلى حال لو أراد طلاقها فيه لجاز له ، فلامعنى للإجبار على الارتجاع ، مع إباحة الطلاق .

وإنما شرطنا أنه إن كان رجعياً جُبر على الارتجاع ، خلافاً لأبي حنيفة[٦] والشافعي[٧] لحديث ابن عمر ، ولأن فيه تطويلاً على المرأة فنهي عن الضرر بها ، فلما اقتحم وأضرَّ بها عُوقب بالإجبار على الرجعة وردها إلى حال الزوجية ليزول الضرر عنها ، فإن شاء الطلاق طلق للعدة التي أمر الله بها[٨] .

---

(١) سبق تخريجه ص٤٤٩ .
(٢) انظر : المدونة ٤٢٢/٢،٤٢٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .
(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٩/ب .
(٤) في ز "أمر" .
(٥) انظر : المصدر نفسه ل٢٩٩/ب .
(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص١٩٢ ، مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٣٩/٣ .
(٧) انظر : الأم ٢٧٠/٥ ، الوجيز ٥١/٢ .
(٨) انظر : المعونة ٨٣٧/٢ .

وإنما قلنا : يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثـم يطلـق في الطهـر الثاني إن شاء للحديث[١] ، ولأنا إنما أمرناه بالرجعة نظراً للمرأة ، لئلا يضر بهـا في تطويل عدتها ، فيجب أن يُنظر له أيضاً ليكون له حظٌ في الرجعة مـن الاستمتاع ، فإذا حصل منه الاستمتاع في الطهر الذي يلي الحيض لم يطلـق فيـه علـى مابيَّنَّا أنـه لايطلق في طهرٍ مسَّ فيه ، فإذا طهرت طُهْراً ثانياً جاز له الطلاق قبل أن يمس ، ولأنا لو ألزمناه الارتجاع ولم نُبِحْ له الوطء لم يجز ذلك ، وإذا وطـئ منعنـاه الطـلاق ، إذ لايطلق في طهرٍ قد مسَّ فيـه ، وإذا تعقَّبـه بـالطلاق في الحيـض صـار ممنوعـاً ، فـإذا طهرت الثانية لم يبق سببٌ يُمنع الطلاق لأجله ، والله أعلم[٢] .

قال أبو عمران : إنما مُنع أن يطلق في الطهر الذي يلي الحيض الذي جبر فيـه على الرجعة عقوبةً له إذا أراد تطويل العدة عليها ، فمُنع حتى يمرَّ له زمانٌ يجـوز لـه الوطء فيه وإن لم يطأ ، ولو أنه رغب فراجعها في ذلك الحيض من غير إجبارٍ لكـان له أن يطلقها في الطهر الذي يليه[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولايطلقها بعد طهرها من الدم الذي ارتجـع فيه بالقضاء ، فإن فعل لزمه ، ولايجبر على الرجعة[٤] .

قال الشيخ : لأن الامساك فيه إنما كان ليكون له حظٌ في الاسـتمتاع ، فهـو الذي ترك حظه ، وطلق[٥] طاهراً فلم يجبر على الارتجاع .

قال عيسى بن دينـار : وإن طلقهـا وهـي حـائضٌ ثـم طهـرت مـن حيضتهـا فأردفها طلقـةً في ذلـك الطهـر قبـل أن يرتجـع فإنـه يجـبر علـى رجعتهـا ، ولاينجيـه ماأردف من الطلاق من الرجعـة الـتي لزمتـه ، وهـو يجـبر ماكـانت في عدتهـا علـى الرجعة ما لم يرتجع[٦] .

---

(١) أي حديث ابن عمر .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٨٣٥/٢ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٥٧/ب .

(٤) انظر : المدونة ٤٢٣/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .

(٥) في أ ، ب "ويطلق" .

(٦) تهذيب الطالب ل٥٧/ب .

وكذلك في العتبية من سماع أصبغ عن ابن القاسم[١] .

قال بعض فقهائنا : إذا طلق في الحيض فجبر على الرجعة ثم طهرت وحاضت فأردفها طلقةً ثانيةً فإنه يجبر أيضاً على الرجعة ، وكذلك لو لم يجبر أولاً على الرجعة حتى طهرت ثم حاضت فأردفها طلقةً لجبر على الرجعة ، لأنها زوجته مالم تنقض العدة من الطلقة الأولى .

وإذا أجبر على الرجعة سقط مامضى من العدة ، لأن الرجعة تهدم العدة ، فإن لم يجبر على الرجعة في الطلقة الثانية حتى انقضت العدة من الطلقة الأولى فقد بانت منه ، ولاتبتدئ العدة من الطلاق الثاني ، لأنه لم ينهدم مامضى[٢] ، وهذا بيّنٌ والله أعلم .

ومن كتاب ابن المواز : قال[٣] / عقيب كلام أشهب : ومن طلق في حيض [١٢٧/ب] أو نفاس ، ابتدأ ذلك أو حنث فيه ، جبر على الرجعة ، وإن أبى هدَّدته بالسجن ، فإن أبى سجنته ، فإن فعل بالقرب وإلا ضربته بالسوط ، فإن تمادى لزمته الرجعة وكانت له رجعة ، وقاله ابن القاسم وأشهب[٤] .

قال أبو عمران في الذي يمنع من الرجعة فيجبر عليها : له الوطء بعد ذلك كالمتزوج على طريق الهزل أن النكاح يلزمه ، وله الوطء ، ويكون نكاحاً صحيحاً ورجعةً صحيحةً[٥] .

وقال بعض البغداديين في المطلق في الحيض إذا امتنع من الرجعة وجبر على الرجعة وليس له نيةٌ في ارتجاعها : لم يكن له أن يستمتع بها ، فإن نوى ذلك جاز له الاستمتاع[٦] ، وهذا خلاف ماتقدم لأبي عمران .

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٤٦٤ .

(٢) أي لايرجعها اختياراً ولاباجبار الحاكم له ، فلذلك بانت منه بمضي العدة من الطلقة الأولى . تهذيب الطالب ل٥٧/ب .

(٣) "قال" ليست في أ ، ب .

(٤) وقالا : فإن غُفل عنه حتى طهرت فُعل ذلك به أيضاً .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٩/ب ، تهذيب الطالب ل٥٧/ب .

(٥)،(٦) المصدر نفسه ل٥٧/ب .

قال سليمان بن يسَار وغيره[١] : إذا طلقت النفساء أو الحائض لم تعتد بدم نفاسها ولابدم حيضها ، واستقبلت ثلاثة قروء[٢] .

قال ابن القاسم : ولاتطلق التي رأت القَصَّة البيضاء حتى تغتسل بالماء ، فإن فعل قبل ذلك لزمه ، ولايجبر على الرجعة[٣] .

قال الشيخ : لأنها طاهرٌ لم يبق عليها إلا الغُسْل كالجُنُب .

قال ابن القاسم : وإن كانت مسافرةً لاتجد الماء فتيممت جاز له[٤] أن يطلقها بعد التيمم لجواز الصلاة لها حينئذ[٥] .

قال في كتاب اللعان : ومن قذف زوجته أو انتفى من حملها وهي حائضٌ أو نفساءً فلايتلاعنا حتى تطهر ، وكذلك إن حل أجل التلوُّم في المعسر بالنفقة أو العنِّين أو غيره والمرأة حائضٌ فلاتطلق عليه حتى تطهر ، إلا المولي[٦] فإنه يطلق عليه عند الأجل إن قال : لاأفيئ[٧] .

قال ابن المواز : ويجبر على الرجعة[٨] .

وقال أشهب عن مالك : لاتطلق عليه حتى تطهر[٩] .

قال الشيخ : فوجه قوله : تطلق عليه عند الأجل ، لأن الله عز وجل جعل أجله أربعة أشهر[١٠] ، فإذا قال : لاأفيئ ، تطلق عليه ، ولايزيد فيما أجّل الله عز

---

(١) وهم ابن شهاب والقاسم بن محمد وابن قسيط وأبو بكر بن عمرو بن حزم ونافع مولى ابن عمر .

(٢)،(٣) انظر : المدونة ٢/٤٢٢،٤٢٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .

(٤) "له" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ٢/٤٢٣ .

(٦) في أ ، ب "المولى عليه" .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٣/١١٩،١٢٠ .

(٨) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٩/ب .

(٩) انظر : المدونة ٣/١٢٠ .

(١٠) يشير إلى قوله تعالى : ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ . سورة البقرة : الآية ٢٢٦ .

وجل ، ولأن غيرنا[١] يقول بمضي الأجل تبينُ منه ، ولايُنظَر إلى فيئته بعد ذلك[٢] ، فلذلك تطلق عليه عند الأجل إذا قال : لاأفيء ، وإن كانت حائضاً .

ووجه قول أشهب : أنه طلاقٌ في الحيض ، وقد نُهي عنه[٣] ، واعتباراً بأجل العنِّين والمعسر بالنفقة .

قال ابن المواز : وإن قال : أنا أفيء ، أمهله السلطان حتى تطهر ، ولاخلاف في هذا بين أصحاب مالك .

ولاتختار المعتقة تحت العبد في الحيض حتى تطهر ، وكذلك المخيَّرة فإن فعلت لزم[٤] .

ومن العتبية : روى عيسى عن ابن القاسم في المطلق في الحيض إذا جبر على الرجعة أيطؤها إذا طهرت وهو يريد أن يطلقها في الطهر[٥] الثاني؟

قال : نعم[٦] .

وروى عنه أصبغ فيمن طلق امرأته فقالت : طلقني في الحيض ، فقال : بل وأنت طاهر ، فالقول قوله[٧] .

وقال ابن سحنون عن أبيه : إذا طلقها فقالت : إني حائضٌ ، أنها مصدقةٌ ، ولاتُكشَف ، ويجبر على الرجعة ، ولاأرى أن ينظر إليها النساء[٨] .

---

(١) وهم الحنفية .

(٢) أي بعد الأجل . انظر :مختصر الطحاوي ص٢٠٧ ، تحفة الفقهاء ٢/٢٠٥ .

(٣) كما في حديث ابن عمر السابق .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٩/ب ، ٣٠٠/أ .

(٥) "الطهر" ليست في أ ، ب .

(٦) قال ابن رشد : وهو الذي يؤمر به أن يفعله ، لأنه إنما يؤمر بالارتجاع للوطء ، ولو ارتجعها وهو ينوي أن يصيبها ففعل ، لكان مضارًّا لها آثماً فيها ، لأن قول الله عز وجل : ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾ سورة البقرة : آية ٢٣١ نزلت في هذا المعنى . العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٤١٧ .

(٧)،(٨) النوادر والزيادات ل٣٠٠/أ ، تهذيب الطالب ل٥٨/أ .

قال الشيخ : ولو قال قائل : يَنظر إليها النساء بإدخال الخِرقَة في نفسها ولا كُشْفَة في ذلك ، لرأيته صواباً ، لأن ذلك حقٌ للزوج كعيوب الفرج والحمل ، ولأنها تُتَّهم على عقوبة الزوج بالارتجاع ، ولاضرر عليها في الاختبار ، فوجب أن تختبر ، والله أعلم .

وذكر عن أبي عمران في الحامل إذا حاضت على حملها : للزوج أن يطلقها في ذلك الحيض ، لأن عدتها إنما هي بوضع الحمل ، وإنما كُرِه الطلاق في الحيض ، لأنها[1] لاتعتد بذلك فتطول عليها بذلك العدة .

وجرى لابن القَصَّار[2] في كتابه لما عورض بقول المخالف : لو كانت الحامل تحيض لحَرُم الطلاق فيه ، قال : فكذلك نقول : إنه حرام[3] .

قال بعض فقهائنا : وقول أبي عمران أصح ، لأن العلة في منع الطلاق في الحيض / تطويل العدة ، وذلك منتفٍ في الحامل . [١٢٨/أ]

وكذلك ينتفي في التي تلد ولداً ويبقى في بطنها آخر ، فيطلقها في ذلك الدم أنه لايجبر على الرجعة ، إذ ليس فيه تطويل العدة ، لأنها تنقضي بوضع الولد الآخر ، وسواءٌ في ذلك على قول من قال : حالها حال النفساء ، أو حال الحامل .

وقال أبو بكر بن عبد الرحمن القَرَوي وغيره : إذا انقطع الدم عن المرأة فطلقت ، ثم عاودها الدم بالقرب ، أن الزوج يجبر على الرجعة ، لأنه دمٌ مضافٌ إلى الأول ، وحكمه حكم حيضةٍ واحدة ، وقاله أبو عمران .

وقد قيل : إنه لايجبر على الرجعة ، لأنه طلق طاهراً ، ولم يتعد ، والأول أصوب ، لأنها كحيضةٍ واحدة[4] .

---

(١) "لأنها" ليست في ز .

(٢) هو أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد البغدادي ، المعروف بابن القَصَّار ، إمامٌ فقيهٌ ، أصوليٌ ، نظَّارٌ ، تفقه بأبي بكر الأبهري ، وَلِيَ قضاء بغداد ، له كتابٌ في مسائل الخلاف لايُعرف للمالكيين كتابٌ في الخلاف أحسن منه ، توفي سنة ٣٩٧هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٦٠٢/٢ ، سير أعلام النبلاء ٥٨/١٣ ، الديباج ١٠٠/٢ ، شجرة النور ص٩٢ .

(٣)،(٤) انظر : تهذيب الطالب ل٥٨/أ،ب .

فصل [٨ ـ في تحريم المطلقة على مطلقها حتى يراجعها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن طلق زوجته طلاقاً يملك فيه الرجعة فلايتلذّذ منها بنظرٍ أو غيره وإن كان يريد رجعتها حتى يراجعها .

ابن وهب : وقد طلق ابن عمر زوجته في مسكن حفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان طريقه إلى المسجد في حجرتها ، فكان يسلك طريقاً آخر كراهية أن يستأذن عليها حتى راجعها[١] .

قال ابن القاسم : وكان مالك يقول : لابأس أن يدخل عليها ويأكل معها إذا كان معها من يتحفّظ بها ، ثم رجع فقال : لايدخل عليها ولايرى شعرها ، ولايأكل معها حتى يراجعها ، وإن كان معها فلينتقل عنها .

ابن وهب : وقد انتقل ابن عمر وعروة بن الزبير[٢] .

قال الشيخ : فهذا يؤيد أنها محرمةٌ بالطلاق حتى يراجعها .

---

(١) سبق تخريجه ص٤٥٠ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٢٤ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .

[الباب الثاني]
في طلاق الحر والعبد، وعدة الحرة والأمة
وجامع القول في العدة

[فصل ١ ـــ في طلاق الحر والعبد]

قال الله تبارك وتعالى : ﴿ٱلطَّلَاقُ مَرَّتَانِ﴾ إلى قوله : ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾[1] .

قال مالك : فجميع طلاق الحر المسلم ثلاث تطليقات ، كانت زوجته حرةً أو أمةً[2] مسلمةً ، أو كتابيةً لعموم الظاهر[3] .

قال مالك : وعدة الحرة المسلمة والكتابية المدخول بها في الطلاق إذا كانت ممن تحيض ثلاثة قروءٍ كما قال الله عز وجل[4] ، وسواءٌ كان زوجها حراً أو عبداً[5].

قال : وجميع طلاق العبد ومن فيه بقية رِقٍّ طلقتان ، كانت زوجته حرةً أو أمةً ، وعدة الأمة قُرءان ، كان زوجها حراً أو عبداً[6] ، لأن الله عز وجل جعل حدَّ الأرقاء نصف حدِّ الأحرار[7] ، والطلاق والعدة من معاني الحدود ويجرُّ إلى مايوجبها فلما كانت الطلقة والقرء لاينقسم جبر ذلك عليها وعليه ، فجُعِل عليه طلقتان وعليها قُرءان .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٩، ٢٣٠ .

(٢) "أمة" ليست في ز .

(٣) أي ظاهر الآية السابقة . انظر : المدونة ٢/٤٢٤ .

(٤) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَٱلْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٢/٤٢٤، ٤٢٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٣ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ص١٠٣ .

(٧) يشير إلى قوله تعالى : ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ . سورة النساء : آية ٢٥.

قال بعض البغداديين : ولما كان الطلاق مضافاً إلى الرجال وجب أن يُعتبر بالرجال ، ولما كانت العدة مضافةً إلى النساء وجب أن تُعتَبر بالنساء ، فإذا كان المطلق حرًا كان طلاقه ثلاثاً كانت زوجته حرةً أو أمةً ، مسلمةً أو كتابيةً ، كما أن عدة الحرة ثلاثة قروءٍ ، والأمة قرءان ، ولايُلتفت إلى زوجها هل هو حرٌ أو عبدٌ[1].

فصل [٢ ـ في عدة الحرة والأمة]

قال مالك : فعدة الحرة المسلمة أو الكتابية المدخول بها في الطلاق إذا كانت ممن تحيض ثلاثة قروء[2] ، وهي الأطهار كما ذكرنا[3] ، لقول الله عز وجل : ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[4] .

قال مالك : وعدة اليائسة من المحيض والصغيرة التي لم تبلغ المحيض في الطلاق إذا بني بها ثلاثة أشهر[5] ، لقول الله عز وجل : ﴿وَٱلَّٰٓـِٔى يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔى لَمْ يَحِضْنَ﴾[6] ، ويستوي في هذه الحرة والأمة لعموم الظاهر ، ولأن طريقه براءة الرحم كوضع الحمل[7] .

قال مالك : وقوله تعالى : ﴿إِنِ ٱرْتَبْتُمْ﴾ يقول : إن شككتم فلم تدرُوا ماعدتهن[8] .

---

(١) انظر : المعونة ٢/٨٢٥،٩١٢ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٢٤ .

(٣) أي في الباب الأول .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٢/٤٢٥،٤٢٦ .

(٦) سور الطلاق : آية ٤ .

(٧) انظر : المعونة ٢/٩١٦،٩١٧ .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل٥٩/أ .

قال مالك : وعدة الحامل وضع آخر حمل[١] في بطنها[٢] .

قال الشيخ : لقوله عز وجل / : ﴿وَأُولَاتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٣] فعم[٤] ، ويستوي فيه الحرة والأمة والمسلمة والكتابية والمطلقة والمتوفى[٥] عنها زوجها ، لعموم الظاهر ، ولأنه يُعلم به[٦] براءة الرحم بيقين ، ولأن سُبَيعَة الأَسلمية[٧] ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : "قد حللتِ فانكحي من شئت"[٨] . [١٢٨/ب]

قال : وليس على مطلقة قبل البناء عدة[٩] .

قال الشيخ : لقوله عز وجل : ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[١٠] .

وقال : وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهرٍ وعشراً ، بنى بها زوجها أم لا[١١] .

---

(١) في أ ، ب زيادة "ما" .

(٢) انظر : المدونة ٤٢٠/٢ .

(٣) سورة الطلاق : آية ٤ .

(٤) "فعم" ليست في ز .

(٥) في أ "أو" .

(٦) "به" ليست في أ ، ب .

(٧) هي سبيعة بنت الحارث الأسلمية ، امرأة سعد بن خولة فتوفي عنها بمكة في حجة الوداع ، فانقضت عدتها بوضع حملها .
انظر : الطبقات ٢٢٤/٨ ، الإصابة ٣١٧/٤ .

(٨) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن ١٨٢/٦ ، ومسلم ، كتاب الطلاق ، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل ١١٢٢/٢ رقم (١١٤٨٥) ، ومالك ، كتاب الطلاق ، باب عدة المتوفى عنها زوجها إذا كانت حاملا ٤٦١/٢ رقم (٨٦) واللفظ له .

(٩) انظر : المعونة ٩١١/٢ .

(١٠) سورة الأحزاب : آية ٤٩ .

(١١) انظر : تهذيب الطالب ل٥٩/ب .

قال الشيخ : لقول الله عز وجل : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[1] ، فَعَمَّ ، ولأن طريقها العبادة المحضة دون براءة الرحم ، فلذلك كانت على غير المدخول بها .

قال : وعدة الأمة ومن فيها بقية رقٍ في الوفاة إذا كانت ممن تحيض ، أو غير مدخولٍ بها ، أو صغيرةً لايوطأ مثلها شهران وخمس ليال[2] .

قال الشيخ : لأنها عدةٌ[3] يمكن تبعيضها فكانت على النصف من الحرة كالأقراء .

قال : وإن كانت يوطأ مثلها ولم تحض أو يائسةً من المحيض وقد بنى بها رُفعت إلى تمام ثلاثة أشهر ، وقاله في غير المدونة[4] .

قال الشيخ : وقد احترزنا من وضع الحمل ، لأن الوضع لايتنصَّف ، ومن[5] الثلاثة أشهر ، لأنها براءة الرحم ، وهي أقل مايُعلم به براءته فلم يمكن تنصيفه .

قال : وعدة أم الولد ومن فيها بقية رقٍ في الطلاق كعدة الأمة ، إن كن يحضن فحيضتان ، إذ لاتنقسم الحيضة فجُبرت عليها ، وسواء كان الزوج في جميعهن حرًا أو عبداً ، وإن كن لم يحضن أو يئسن من المحيض فثلاثة أشهر ، إذ لايبرأ رحمٌ بأقل من ذلك إلا في حيض[6] .

ابن وهب[7] : وقاله عمر بن الخطاب رضي الله عنه وعمر بن عبد العزيز وغيرهما من أهل العلم[8] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٤ .
(٢) انظر : المدونة ٢/٤٢٥ .
(٣) "عدة" ليست في أ ، ب .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤١/ب .
(٥) في أ ، ب "من" بدون "الواو" .
(٦) انظر : تهذيب المدونة ص١٠٣ .
(٧) "ابن وهب" ليست في ز .
(٨) كربيعة ويحيى بن سعيد وابن شهاب وبُكير بن الأشج . انظر : المدونة ٢/٤٢٥ .

قال أبو بكر الأَبهَري : العدة في المطلقة المدخول بها ، للاستبراء لاعبادة فيها وإنما جُعِل الاستبراء على حسب حُرمة المستبرأة ، فإن كانت أمةً ليست بزوجة استبرئت بحيضة ، وإن كانت أمةً زوجةً استبرئت بحيضتين ، وإن كانت حرةً استبرئت بثلاث حِيَض كالحدود ، وإنما هي موضوعةٌ على حسب حُرمة المحدودين من العبيد والأبكار والمحصنين من الأحرار .

قال : والدليل على أنها لاعبادة فيها أن الله عز وجل لم يوجبها على المطلقة قبل البناء[1] ، لأنها لاتحتاج إلى براءة الرحم ، وأوجب الله عز وجل العدة في الوفاة التي هي عبادةٌ على المدخول بها وغير المدخول بها[2] ، فَعُلِم بهذا فصلُ مابين العدتين .

قال بكر[3] القاضي[4] : إن القرء الأول لاستبراء الرحم ، والقرءان الآخران عبادة[5] .

قال الشيخ : وماذكره الأبهري أبين والله أعلم .

---

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ . سورة الأحزاب : آية ٤٩ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

(٣) في ز "أبو بكر" .

(٤) هو أبو الفضل بكر بن محمد بن العلاء القُشيري البصري ، ثم المصري ، إمامٌ ، فقيهٌ ، محدثٌ ، مذكورٌ في أصحاب القاضي إسماعيل ، كان من كبار الفقهاء المالكيين بمصر ، وتقلّد أعمالاً للقضاء ، ألّف كتباً جليلةً منها : الأحكام مختصر من كتاب القاضي إسماعيل ، الرد على المزني ، كتاب أصول الفقه ، كتابٌ في مسائل الخلاف ، توفي بمصر سنة ٣٤٤هـ .
انظر : الديباج ٣١٣/١ ، شجرة النور ص٧٩ .

(٥) النكت والفروق ل٧٨/أ،ب .

فصل [٣ ــ جامع القول في العدة]

قال مالك في كِرَاء الدور : وإن طُلقت التي عدتها بالشهور ، أو مات عن امرأةٍ زوجها في بعض الشهر ، اعتدت الشهر الأول بالأيام ثلاثين يوماً ، وباقي الشهور بالأهلة[1] .

ورواه ابن وهب[2] عن مالك .

وذكر أنه اختلف قوله في بعض اليوم ، فقال : يحسب إلى مثل تلك الساعة[3] ، ثم رجع فقال : نُلغيه[4] .

قال الشيخ : فوجه الأول : قوله عز وجل : ﴿فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾[5] ، ووجه أننا نلغي ذلك اليوم : احتياطاً لصعوبة ضبط الوقت ، والأول أقيس ، قاله بعض فقهائنا .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا بلغت المرأة[6] الحرة عشرين سنة ، أو ثلاثين فلم تحض فعدتها في الطلاق ثلاثة أشهر ، ولو تقدم لها حيضة مُرةً لطالبت الحيض مابينها وبين تسعة أشهر ، فإن لم يأتها اعتدت بسنةٍ من يوم الطلاق ، تسعة أشهرٍ منها براءة تأخير الحيض[7] .

قال الشيخ : لأنها غالب مدة الحمل . / [١٢٩/أ]

قال مالك : ثم ثلاثة أُشهرٍ عدة ، لأنها صارت من ذوات الاعتداد بالشهور[8] ، والأصل في هذا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أيُّما امرأةٍ

---

(١) انظر : المدونة ٤/٥١٤ .

(٢) في ز "ابن حبيب" ، وهو خطأ .

(٣) أي التي مات فيها أو طلق .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٢/أ .

(٥) سورة الطلاق : آية ٤ .

(٦) "المرأة" ليست في أ ، ب .

(٧) انظر : المدونة ٢/٤٢٥،٤٢٦ ، تهذيب المدونة ص١٠٣،١٠٤ .

(٨) انظر : المدونة ٢/٤٢٦ .

طُلقت فحاضت حيضةً أو حيضتين ثم رفعتها حيضتها فإنها تنتظر تسعة أشهر ، وينظر إليها النساء[1] ، فإن قلن : بها حملٌ فذلك ، وإلا اعتدت بعد التسعة بثلاثة أشهر[2] ، وهذا قول[3] إمام صحابي لامخالف له ، ووجهه ماذكرناه[4] .

قال ابن المواز : إلا أن تعتد بالسنة من زوج قبله فتصير ممن عدتها ثلاثة أشهر ، حتى يعاودها حيضٌ فتطالبه ، أو تعاود السنة[5] .

قال الشيخ : فوجه ذلك : أنها جلست للريبة تسعة أشهرٍ غالب مدة الحمل فصارت من أهل الاعتداد بالشهور واعتدت بها ، فلاتنتقل عنها إلا أن يعاودها حيضٌ فتطالبه أو تجلس سنةً كأول مرة .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا حاضت بعدما مضى من السنة عشرة أشهرٍ رجعت إلى الحيض ، فإن ارتفع ائتنفت سنةً من يوم انقطع الدم عنها ، ثم إن عاودها الدم في السنة رجعت إلى الحيض ، هكذا تصنع حتى تتم ثلاث حِيَض أو سنةً لاحيض فيها[6] .

قال الشيخ : لأنها إذا تم لها ثلاث حيض فقد اعتدت بالأقراء ، وإن تمت لها سنةٌ ولم تحض فقد اعتدت عدة المرتابة ، واعلم أنها إذا حاضت قبل تمام السنة ولو بيومٍ فإنها ترجع تطالب الحيض ، وإن حاضت بعد السنة ولو بيومٍ حلّت بتمامها .

قال ابن المواز : فإن كان شأنها أن تحيض من سنةٍ إلى سنة ، أو إلى أكثر من سنة ، أو من ستة أشهرٍ إلى مثلها فلتعتد بالسنة ، فإن جاء وقت الحيضة فيها فلم تحض حلّت بتمامها ، وإن مرّت السنة ولم يأت وقت حيضتها انتظرتها ، فإن جاء وقتها ولم تحض حلّت بتمامها وإن حاضت كالغد ، وإن جاء وقتها فحاضت

---

(١) "وينظر إليها النساء" ليست في ز .

(٢) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب جامع عدة الطلاق ٢/٤٥٥ رقم (٧٠) .

(٣) "قول" ليست في أ ، ب .

(٤) انظر : المعونة ٢/٩٢٢ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤١/ب .

(٦) انظر : المدونة ٢/٤٢٦،٤٢٧ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

استقبلت بعد طهرها منها سنة ، فإن تمت السنة ولم يأت وقت حيضتها انتظرت وقتها ، فإن انتهى ائتنفت أيضاً السنة ووقت مجيء حيضتها ، فإن انتهى عند وقتها فقد حلت ، لأنها قد تم لها ثلاثة قروء ، فإن لم تأتها عند وقتها فقد حلت أيضاً ، لأنها قد مضى لها السنة ووقت حيضتها ولم تحض[1].

ومن العتبية : قال ابن القاسم : وإن كانت ممن[2] لاتحيض إلا من ستة أشهر إلى مثلها أو من خمسة أشهر إلى مثلها فانقضت عدتها في الوفاة ولم يأت وقت حيضتها المعتادة فقد حلت وإن قرُب وقت حيضتها ، إلا أن ترتاب بحسِّ البطن ، فإن مرَّ بها وقت الحيضة ولم تحض رفعت إلى التسعة من يوم الموت[3] .

محمد : وقال أشهب عن مالك : إنها إذا لم يأت وقت حيضتها في شهور العدة ، أنها تقيم حتى تحيض ، ثم رجع إلى ماذكرنا[4][5] .

وقال سحنون عن أشهب في أم الولد يموت سيدها أو يعتقها ، والأمة تعتق أو تباع ، وشأنها أن تحيض في كل ستة أشهر ، أو في كل سنةٍ مرة : إنهن يحللن بثلاثة أشهرٍ إذا نظرهن النساء فلم يرين بهن شيئاً ، بخلاف الحرة ، لأن تلك عدةٌ[6] وهذه استبراء[7] .

قال أشهب : وهذا على آخِرِ[8] قول مالك ، وعلى[9] أول قوله : يبلغن تسعة أشهر[10] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤١/ب ، ٣٤٢/أ .
(٢) "ممن" ليست في أ ، ب .
(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٦٠/أ .
(٤) وهو أنها تحل بانقضاء العدة .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٢/ب .
(٦) في جميع النسخ "العدة" .
(٧) المصدر نفسه ل٢٤٣/أ .
(٨) في أ ، ب "أحد" ، وهو تحريف .
(٩) "على" ليست في ز .
(١٠) تهذيب الطالب ل٦٠/أ .

قال الشيخ : يريد : إلا أن يحضن قبل ذلك .

قال عبد الوهاب : وأما التي ترتفع حيضتها لرضاعٍ فلاتعتد إلا بالأقراء ، فتمكث متوقفةً حتى تراه ، طال الوقت أم قصر ، والإجماع على ذلك ، والمعنى .

فأما الإجماع فإن حَبَّان بن مُنقِذ[1] / طلق امرأته وهي ترضع ، فمكثت نحو [١٢٩/ب] سنةٍ لاتحيض من أجل الرضاع ، ثم مرض فخاف أن ترثه إن مات فخاصمها إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه وعنده علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت رضي الله عنهما ، فقال لهما : ماتريان؟ فقالا : نرى أنها ترثه ، لأنها ليست من القواعد اللاتي يئسن من المحيض ، ولامن الأبكار اللاتي لم يحضن ، فهي عنده على حيضتها ماكان من قليلٍ أو كثير ، لم يمنعها إلا الرضاع ، فانتزع حَبَّان ابنه ، فلما حاضت حيضتين مات حَبَّان فورِثَته ، فاعتدت عدة الوفاة[2] ، فأجمعوا أن التأخير بالرضاع لايسوِّغ لها الاعتداد بغير الحيض ، وعلَّلوا ذلك بأنها ليست ممن لم تحض[3] ولاآيسة.

والمعنى هو : أن جري العادة بأن الرضاع[4] يؤثر في تأخير الحيض ، فلايكون ذلك ريبة ، فإذا كان كذلك وجب انتظار زواله .

وأما تأخير الحيض بمرض ففيه روايتان :

إحداهما : أنه كالرضاع ؛ والأخرى : أنه ريبة .

فوجه القول أنه كالرضاع : أن سبب تأخير الحيض معروف ، وذلك لأن المرض يؤثر في ذلك ، لأنه يُضعف القوة ، أو يكون فيه مايحرق الدم أو يحبسه فكان كالرضاع .

---

(١) هو حَبَّان بن مُنقذ بن عمرو المازني الأنصاري ، له ولأبيه مُنقذ صحبة ، شهد أحداً ومابعدها مات في خلافة عثمان .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٣٦٤/١ ، الإصابة ٣٠٢/١ .

(٢) أخرج هذه القصة عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب تعتد أقراءها ماكانت ٣٤٠/٦، ٣٤١ رقم (١١١٠٠) ، وابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ماقالوا في الرجل يطلق امرأته فترفع حيضتها ١٧٣/٤ رقم (١٨٩٩١) .

(٣) في أ "ممن تحيض" .

(٤) "بأن الرضاع" ليست في ز .

ووجه القول بأنه ريبة : أنه ليس فيه عادةٌ متقررةٌ بتأخير الحيض ، ولاختصاص في ذلك ببعض الأمراض دون بعضٍ فكان ريبة[١] .

قال الشيخ : ونحو هذا كله في كتاب ابن المواز[٢] .

قال[٣] : وقاله في المرضع[٤] عثمان وعلي وزيد[٥] ومالك وأصحابه رضي الله عنهم[٦] .

قال[٧] عن مالك[٨] : وإذا طلب الزوج انتزاع[٩] ابنه الرضيع ليتعجّل حيضتها[٧] خوفًا أن ترثه فذلك له في الطلاق الرجعي خاصة .

ولو[١٠] قال : لأني أريد نكاح أختها أو عمتها ، أو كانت رابعةً فقال : أريد نكاح غيرها ، فذلك له بالقضاء إذا عُلم صدقه ، وأنه لتأخير الحيض ولم يطلب ضرراً بها ولابالولد .

قال مالك : وهذا في صبيٍّ يقبل غير أمه ، وأما إن خيف عليه إن نُزِع منها مات فهذا لاينزع منها ، وكذلك فيما ذكرنا إن كانت هي الطالبة لطرحه ، وكله قول مالكٍ في طلاق الرجعة .

وأما البائن وفي الوفاة فلا[١١] .

---

(١) المعونة ٢/٩٢٠، ٩٢١ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٣/ب .

(٣) أي ابن المواز .

(٤) في أ ، ب "المرض" ، وهو تحريف .

(٥) كما في قصة حبان بن منقذ وزوجته ، وقد تقدمت قريباً .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٣/ب .

(٧) ساقط من ز .

(٨) أي ابن المواز .

(٩) في أ ، ب زيادة "ولده" .

(١٠) "لو" ليست في ز .

(١١) انظر : المصدر نفسه ل٣٤٣/ب ، تهذيب الطالب ل٦٠/أ،ب .

قال الشيخ : وذكر له[١] اختلاف القول في ارتفاع الحيض لمرض[٢] .

قال : فروى ابن القاسم عن مالك : أن عدتها سنة ، وقاله ابن القاسم وابن عبد الحكم وأصبغ .

وقال أشهب : عدتها بالأقراء وإن تباعدت .

ابن المواز : وهذا أحب إلينا[٣] .

قال الشيخ : لأن علتهما واحدة ، أعني المرض والرضاع .

قال بعض فقهائنا : وقد فرق بعض الناس بين المرضع والمريضة على قول ابن القاسم من أجل أن المرضع تستطيع رفع ذلك بإسلام الولد ، ولاتستطيع[٤] رفع المرض[٥] .

ابن المواز : قال مالك ، وذكره ابن سحنون عن أشهب وعبد الملك وسحنون أنهم قالوا : عدة المرضع والمريضة في الوفاة أربعة أشهر وعشرٌ ، وإن كانت أمةً فثلاثة أشهر ، لأنه أقل مايبرأ به الرحم[٦] .

ومن المدونة : قال مالك : والتي لم تحض قط قبل الطلاق ، أو اليائسة من المحيض ترى الدم بعدما أخذت في عدة الأشهر ، فلترجع إلى عدة الحيض وتلغي الشهور ، وتصنع كما وصفنا في المرتابة ، هذا إن قال النساء فيما رأته اليائسة : إنه دم حيض ، وإن قلن : إنه ليس بحيض ، أو كانت في سنٍّ من لاتحيض ، من بنات السبعين أو الثمانين لم يكن ذلك حيضاً ، وتمادت في الأشهر[٧] .

وقال أشهب في غير المدونة : ولاتعتد به ولكنها تدع له الصلاة وتطهر منه ، وعدتها ثلاثة أشهر[٨] .

---

(١) أي وذكر ابن المواز لمالك .

(٢) وقد تقدم قريباً من قول القاضي عبد الوهاب .

(٣) النوادر والزيادات ل٣٤٣/ب .

(٤) أي المريضة .

(٥)،(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٦٠/ب .

(٧) انظر : المدونة ٢/٤٢٦ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

(٨) أي من يوم طلاقه . انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٣/ب .

ومن المدونة : قال مالك : والعدة في الطلاق بعد الريبة ، وفي الوفاة قبل الريبة[(١)] .

قال الشيخ : وإنما كان ذلك لأن المطلقة إذا كانت / ممن تحيض مأمورة [١٣٠/أ] بمطالبة الحيض لِتَعلم الأقراء فتعتد بها كما أمرها الله عز وجل[(٢)] ، فإذا فقدت الحيض فقد ارتابت ، فوجب أن تختبر ذلك بجلوس غالب مدة الحمل[(٣)] ، والحمل تسعة أشهر ، فإذا جلستها و لم يتبين بها حملٌ فقد صارت من القواعد اللاتي لايحضن ، فوجب أن تنتقل عدتها إلى الشهور ، فلذلك قال : عدتها في الطلاق بعد الريبة .

وأما المتوفى عنها زوجها فإنما عدتها بالشهور ، فإذا مات زوجها أخذت في العدة ، إذ ليست الشهور أمراً يغيب عنها كالحيض ، فإن جاء وقت حيضتها فلم تحضها رفعت إلى تسعة أشهر خوف الحمل ، فإن لم يتبين أمره حلت ، فصارت الريبة طارئةً على العدة ، فلذلك قال مالك فيها : إن العدة قبل الريبة .

وبعد هذا بابٌ فيه إيعاب عدة المتوفى عنها زوجها[(٤)] .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أتمت المرأة أربعة أشهرٍ وعشراً في الوفاة ، ثم استبرأت نفسها انتظرت حتى تزول الريبة عنها ، ثم تحل[(٥)] .

قال مالك : وإذا كانت الأمة ممن تحيض فرفعتها حيضتها لم يطأها المبتاع حتى يمضي لها ثلاثة أشهر ، إلا أن ترتاب فيرتفع بها إلى تسعة أشهر ، فإن زالت الريبة قبلها حلت ، وإن تمادت بعدها لم توطأ حتى تذهب الريبة .

وفي كتاب الاستبراء إيعاب هذا[(٦)] .

---

(١) انظر : المدونة ٤٢٧/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .
(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٨ .
(٣) "مدة الحمل" ليست في ز .
(٤) وهو الباب الثالث من هذا الكتاب .
(٥) أي للأزواج .
(٦) وسيأتي ، وهو الكتاب الثالث عشر .

قال مالك : وإذا اختلف الدم على المطلقة فرأته يومين أو ثلاثة ، ثم رأت الطهر مثل ذلك ، ثم رأت الدم كذلك ، فهي إن تمادى بها كالمستحاضة ، إلا أن يكون مابين الدمين من الطهر مالايضاف بعضه إلى بعضٍ فيكون الثاني حيضاً مؤتنفاً .

قال مالك : وليس الأربعة الأيام والخمسة وماقرب [منها] (١) بطهر .

قال : وعدة المستحاضة من حرةٍ أو أمةٍ في الطلاق سنة ، إلا أن ترتاب فتقيم إلى ذهاب الريبة ، وإن كان لها قرءٌ معلومٌ اعتدت به ، لأنها حينئذٍ من ذوات الأقراء(٢) .

وروي عن مالك : أن عدتها سنةٌ على كل حال ، لأن استحاضتها ريبة(٣) .

وأما المرتابة بتأخير الحيض في الطلاق وهي أمة فكما ذكرنا في الحرة تعتد بالسنة ، تسعة أشهر براءة الرحم ، وثلاثة أشهرٍ عدة .

وكذلك قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في المرتابة والمستحاضة(٤) (٥) ، وأما في الوفاة فهما مأمورتان من يوم الوفاة بعدة الشهور ، أربعة أشهرٍ وعشرٍ للحرة ، وشهران وخمس ليالٍ للأمة ، فإن حدثت ريبةٌ بتأخير الحيض أكملتا من يوم الوفاة تسعة أشهرٍ ثم حلَّتا(٦) .

قال ابن المواز : قال مالك : عدة المستحاضة في الوفاة أربعة أشهرٍ وعشرٌ ، والأمة ثلاثة أشهرٍ إلا أن تحسّ بريبةٍ فتتربّص إلى زوالها .

وروي عنه أيضاً : أن المستحاضة تقيم في الوفاة تسعة أشهر ، لأن استحاضتها ريبة(٧) .

---

(١) من تهذيب المدونة .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٢٧،٤٢٨ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٥٨/ب .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب إذا ارتابت في الحمل ٧/١٨ رقم (١٢٠١٤) .

(٥) انظر : المدونة ٢/٤٢٨ .

(٦) إلا أن تحس تحريكاً فتقيم إلى خمس سنين . انظر : تهذيب الطالب ل٥٩/ب .

(٧) انظر : المصدر نفسه ل٦٠/ب .

قال(١) : وإذا نكحت الأمة في عدة الوفاة بعد شهرين وخمس ليالٍ وقبل ثلاثة أشهرٍ فُسخ ، ولم يعاقبا(٢) إلا أن تنكح قبل شهرين وخمس ليال ، وقبل شهرٍ ونصف في الطلاق .

وهذا كله قول أشهب ، لأنه لايبرأ رحِمٌ ولايستبين حملٌ في أقل من ثلاثة أشهر .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية في الأمة المرضع : أن عدتها في الوفاة شهران وخمس ليال ، وتحلّ بها وإن لم تحض ، إلا أن تستريب بالحس(٣)(٤) .

ابن المواز : قال أصبغ : وإن تزوجت الحرة المستحاضة ، أو المسترابة بتأخير الحيض بعد أربعة أشهرٍ وعشرٍ في الوفاة وقبل تمام تسعة أشهرٍ لم يفسخ نكاحها ، لأنها / اعتدت بما أُمرت به ، وقد أبهم الله ذلك(٥) ، وقد عَلِم أن منهن من تحمل ، وإنما الزيادة استظهارٌ ، إلا أن تجد من بطنها حركةً فيفسخ إن نكحت قبل ذلك وقبل زوالها(٦) . [١٣٠/ب]

وإذا استبرأت معتدةٌ بحِسّ بطنها جلست خمس سنين ، فذلك أقصى كل عدةٍ يُلحق فيها ولدٌ ، أو استبراءٌ ، وهذا في الطلاق والوفاة وغير ذلك .

قال عبد الوهاب : وعنه(٧) في أكثر مدة الحمل ثلاث روايات :

إحداها : أربع سنين ، والثانية : خمس سنين ، والثالثة : سبع سنين ، وفائدة الخلاف امتداد التربّص بالمرتابة ، وأن المطلقة إذا أتت بولدٍ لأكثر من مدة الحمل من وقت الطلاق لم يُلحق به .

---

(١) أي ابن المواز .

(٢) في أ "يتعاقبا" .

(٣) في ز "بالجنين" .

(٤) أي فلاتحل حتى تذهب الريبة عنها ، وتبلغ إلى أقصى أمد الحمل .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٧٦/٥ ، تهذيب الطالب ل٦٠/أ .

(٥) أي في قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل٦٠/أ .

(٧) أي الإمام مالك .

فوجه الأولى : ضرب عمر بن الخطاب رضي الله عنه لامرأة المفقود أربع سنين[١] ، لأنه أكثر مدة الحمل ، وروي مثله عن عثمان وعلي رضي الله عنهما[٢] ولامخالف لهم .

وقد ذكر أصحابنا المدنيون : أن نساء الماجشون كن يلدن لأربع سنين .

ووجه الاعتبار بالخمس : أن ذلك قد وُجد ، وذُكر عن ابن عجلان[٣] وجوده .

قال : وأما السبع سنين فلم نقف على وجهٍ لها[٤] .

قال الشيخ : **ومن المدونة** : أن امرأة ابن عجلان ولدت له[٥] أيضاً[٦] في سبع سنين[٧] ، وهذا وجه الثالثة .

---

(١) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب عدة التي تفقد زوجها ٢/٤٥٠ رقم (٥٢) .

(٢) أخرجهما البيهقي ، كتاب العدد ، باب من قال : تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشراً ثم تحل ٧/٧٣٢ رقم (١٥٥٦٧،١٥٥٦٩) .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن عجلان القرشي المدني ، إمامٌ ، قدوةٌ ، عابدٌ ، فقيهٌ ، كانت له حلَقةٌ بمسجد النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان يفتي ، حدث عن أبيه وأنس بن مالك وعمرو بن شعيب وهشام بن عروة وخلق كثير ، توفي بالمدينة سنة ١٤٨هـ .

انظر : الطبقات ٥/٤٣٠ ، سير أعلام النبلاء ٦/٤٨١ ، شذرات الذهب ١/٢٢٤ .

(٤) انظر : المعونة ٢/٩٢٣،٩٢٤ .

(٥) "له" ليست في ز .

(٦) قال : أيضاً ، لأنه ذكر قبل ذلك أنها وضعت له ولداً في أربع سنين .

(٧) انظر : المدونة ٢/٤٤٤ .

[الباب الثالث]
في الانتقال من عدة إلى عدة
ومن أين تحسب عدة الوفاة والطلاق؟

[فصل ١ ـــ في انتقال الحرة من عدة إلى عدة]

قال الله سبحانه : ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[1] فوجب لذلك إذا مات الزوج وزوجته في عدة من طلاق غير بائن ، والطلاق في صحته أو في[2] مرضه أن تنتقل إلى عدة الوفاة ، وترثه ، لأن أحكام الزوجية جارية عليها ، وقاله مالك[3] .

ابن وهب : وقال ابن عباس وسليمان بن يسار : عليها أقصى الأجلين[4] [5].

قال الشيخ : ووجه ذلك : أن كلا العدتين لزمتها ، فاحتاط لها بأن تبلغ أقصاها .

وفي كتاب ابن المواز : إن الموت يهدم العدة كما تهدمها الرجعة[6] .

ومن المدونة : قال مالك[7] : وإن مات وهي في عدة من طلاق بائن ، والطلاق في صحته أو في[2] مرضه لم تنتقل إلى عدة الوفاة ، وتمادت على عدة

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

(٢) "في" ليست في أ ، ب في الموضعين .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٢٩ .

(٤) وهما عدة الوفاة وعدة الطلاق .

(٥) أثر ابن عباس أخرجه مسلم ، كتاب الطلاق ، باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل ٢/١١٢٣ رقم (١٤٨٥) .
وانظر : المدونة ٢/٤٢٩ .

(٦) أي فتنتقل المرأة من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة .
انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٥/أ .

(٧) "مالك" ليست في أ ، ب .

الطلاق ، لأن الموت صادفها وهي أجنبية ، وورثته في طلاق المرض لافي طلاق الصحة .

وكذلك إن مات بعد العدة ، والطلاق بائنٌ أو غير بائنٍ ، فلاعدة عليها لوفاته ، وترثه في طلاق المرض لافي طلاق الصحة[1] .

فصل [٢ ـ في انتقال الأمة من عدتها إلى عدة الحرائروعدمه]

قال مالك : وإذا مات عن الأمة زوجها ، فلما اعتدت شهراً أو شهرين عتقت ، فإنها تبني على عدة الأمة ، ولاتنتقل إلى عدة الحرائر ، وكذلك إن طلقت طلاقاً بائناً أو غير بائن فاعتدت حيضةً أو شهرين ثم عتقت ، فلتبن على عدتها ولاتنتقل إلى عدة الحرائر[٢] .

قال الشيخ : لأن العدة الأولى قد لزمتها عدة أمة ، فلاتأثير للعتق فيما قد لزمها ، بخلاف الموت ، لأن الموت لم ينقلها من عدة الأمة ، وإنما نقلها من عدة طلاقٍ إلى عدة موت[٣] ، لأنها زوجةٌ مخاطبةٌ بعدة الموت كالحرائر ، وفي العتق[٤] ، يريد : أن تنتقل من عدة أمةٍ إلى عدة حرةٍ فلم يجب ، ولأن الموت أمرٌ يوجب العدة كالطلاق ، فوجب أن تنتقل إلى عدته كل زوجة ، لأنها مخاطبةٌ بها ، والحرية لاتوجب عدة ، فلاتنقلها عما كان[٥] لزمها ، والله أعلم .

وقال أبوحنيفة : تنتقل إلى عدة الحرائر في الطلاق الرجعي قياساً على الموت[٦] .

---

(١) انظر : المدونة ٤٢٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .
(٢) انظر : المدونة ٤٣٥/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .
(٣) في ز "زوجة" .
(٤) في ز "العدة" ، وهو تحريف .
والمراد بقوله : وفي العتق ، أي قول مالك في الأمة إن عتقت وهي في عدة طلاق فلاتنتقل إلى عدة الحرائر كما تقدم .
(٥) "كان" ليست في ز .
(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص٢١٨ ، مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٨١/٣ .

قال ابن المواز : / إذا طلقت واحدة ، ثم عتقت ، ثم مات الزوج فإنها [١٣١/أ] تنتقل إلى عدة الوفاة عدة الحرائر ، ولو عتقت بعد موته انتقلت إلى عدة الوفاة عدة الأمة[١] .

قال الشيخ : لأنه لما وجب الانتقال راعت حال نفسها لبطلان العدة الأولى.

قال ابن المواز : قال مالك : ومن طلق زوجته واحدةً ثم ارتجع فلم يطأها حتى طلقها ثانيةً فلتأتنف العدة .

ولو خالعها ثم نكحها في العدة فلم يطأها حتى طلقها في العدة ثانية ، فلتبن[٢] على عدتها .

ولو نكحها بعد الخلع ثم مات قبل البناء كان عليها أقصى الأجلين مع الإحداد من يوم موته[٣] .

قال الشيخ : وذكر عن الشيخ أبي عمران أنه اعترض قوله : عليها أقصى الأجلين ، فقال : لايلزم هذا إما أن[٤] يجعلها تمضي على عدة الطلاق ، أو يجعل النكاح قد هدم عدة الخلع ، فتعتد عدة الوفاة فقط .

قال : ويلزمه على هذا أن الحامل إذا خالعها زوجها ، ثم تزوجها وتوفي عنها قبل الدخول أن يوجب عليها أقصى الأجلين .

فكأنه[٥] نحا أن وضع الحمل تنقضي به عدتها ، وأن غير الحامل انقضاء عدتها أربعة أشهر وعشر من يوم مات زوجها[٦] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٥/أ .

(٢) "فلتبن" ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٣٤٤/ب ، ٣٤٥/أ ، تهذيب الطالب ل٦٠/ب .

(٤) "أن" ليست في أ .

(٥) أي أبي عمران .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل٦٠/ب .

قال الشيخ : ووجه قول محمد[1] : أنها بالخلع صارت أجنبية ، ولو مات قبل تزويجها لم تعتد منه ، فهي بخلاف غير البائن ، لأن تلك زوجة تعتد ، وموته يهدم عدتها ، ولايهدم عدة هذه ، فهي على تلك العدة حتى يدخل بها ، ألا ترى أنه لوطلقها قبل أن يدخل بها لثبتت على العدة الأولى ، فلما كان الأمر كذلك رأى أن كلا العدتين قد لزمتها ، فجعل عليها أقصى الأجلين ، إذ لاتدخل عدة الحيض[2] في عدة الشهور .

وأما الحامل فعدتها في الموت والخلع واحد ، وهو وضع الحمل ، فلم يغير الحمل[3] عليها شيئًا ، فلم يلزمه الاعتراض بالحامل لما بيَّناه ، والله أعلم .

[فصل٣ ــ في عدة من مات زوجها الذمي بعد إسلامها]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أسلمت ذمية تحت ذمي ، ثم مات زوجها لم تنتقل إلى عدة الوفاة[4] .

قال الشيخ : لقوله عز وجل : ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾[5] والذمي ليس مِنَّا حتى يُسلم .

---

(١) وهو أن عليها أقصى الأجلين من عدة الطلاق أو عدة الوفاة .

(٢) في ز "الحمل" .

(٣) هكذا في جميع النسخ ، ولعل الصواب "الموت" .

(٤) انظر : المدونة ٢/٤٤٦ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

[فصل ٤ ــ في عدة الوفاة والطلاق من أين تُحسب؟]

قال مالك : وإذا بلغ المرأة موت زوجها فعدتها من يوم مات .

قال الشيخ : كما أوجب الله عز وجل[١] ، لأن الأوامر عندنا على الفور .

قال مالك : وإن لم يبلغها ذلك حتى انقضت عدتها فقد حلَّت ، ولاإحداد عليها ، وكذلك لو طلقها وهو غائب فعدتها من يوم طلق ، إذا قامت على الطلاق بينة ، وإن لم يكن على ذلك بينة إلا أن الزوج قال لما قدم : كنت طلقتها ، فالعدة من يوم[٢] إقراره .

قال الشيخ : لأنها حق لله عز وجل فلايصدق في إسقاطها .

قال مالك : ولارجعة له في مادون الثلاث إذا تمت العدة من يوم دعواه ، ولايرثها[٣] .

قال الشيخ : لأنه أقر أنها بانت منه .

قال مالك : وترثه في العدة المؤتنفة ، لأنها في ظاهر الحكم معتدة من طلاق رجعي[٤] .

[فصل ٥ ــ فيما ترده المعتدة من مال زوجها]

قال : ولو كان الطلاق بائناً لم يتوارثا بحال ، ولايرجع عليها بما أنفقت من ماله بعد طلاقه قبل علمها لأنه فرَّط[٥] .

قال ابن المواز : ولو قدم عليها رجل فشهد بطلاقها وأعلمها ، أو رجل وامرأتان فليس ذلك بشيء حتى يشهد غيره ممن يحكم به السلطان في الطلاق ، وترجع بما تسلَّفت عليه .

---

(١) يشير إلى الآية السابقة .

(٢) "من يوم" ليست في أ .

(٣)،(٤) ،(٥) انظر : المصدر نفسه ٤٢٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

وكذلك روى أشهب عن مالك في العتبية[١] .

وقال سحنون عن ابن نافع : لاترجع بما تسلَّفت عليه ، بخلاف ماأنفقت من ماله[٢] .

ومن المدونة : وأما المتوفى عنها زوجها فإنها ترد ماأنفقت من ماله بعد وفاته[٣] ، لأن ماله صار لسائر ورثته ، فليس لها أن تختص بشئ منه دونهم .

قال مالك في المطلقة واحدة تقيم سنة ثم يهلك زوجها فتقول : / لم أحض [١٣١/ب] إلاحيضة واحدة ، وتطلب الميراث ، فإن كانت تُرضع صدِّقت ، وإلا لم تصدَّق ، إلا أن تكون كانت تذكر تأخير حيضها وتظهر ذلك فتصدق[٤] .

وذكر عيسى عن ابن القاسم في العتبية قال : أما المرضع[٥] فتصدَّق حتى تفطم ولدها وبعد فطامه سنة .

وأما غير المرضع فتصدَّق حتى تأتي عليها سنة ، ذكرت ذلك أو لم تذكره ، وعليها اليمين ، إلا أن يكون سمع منها أنها حاضت ثلاث حيض[٦][٧] .

---

(١) أنه قال : أرى لها النفقة عليه إذا لم تكن علمت بطلاقه ، ويكون عليه مما تسلفت قدر النفقة عليها . انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٧٦،٣٧٥/٥ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٩/ب .

(٣) انظر : المدونة ٤٥٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل٦٠/ب .

(٥) أي المطلقة التي مات زوجها وتدعي أنها لم تحض إلا واحدة وتطلب الميراث .

(٦) قال ابن رشد : ولاتصدق إذا انقضت السنة فطلبت الميراث وزعمت أن عدتها لم تنقض ، لأن بها حساً تجده في بطنها حتى يراها النساء فيصدقنها فيما ادعت من ذلك .
البيان والتحصيل ٤١٩/٥ .

(٧) العتبية مع البيان والتحصيل ٤١٩/٥ ، تهذيب الطالب ل٦٠/ب .

[الباب الرابع]
جامع القول في الإحداد[1]

[فصل ١ ـــ في معنى الإحداد ومشروعيته]

أصل الإحداد في كلام العرب المنع ، كقولهم : أحدَّت المرأة على زوجها ، أي : مَنعَت نفسها من الزينة .

وفيها لغتان : أَحَدَّت ، وحَدَّت ، ومنه الحد في العقوبات ، لأنه يمنع من إتيان مايوجبها من سرقةٍ أو زناً أو فِرْيَة[2] .

وروى مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "لايحلُّ لامرأةٍ تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحِدَّ على ميتٍ فوق ثلاث ليالٍ إلا على زوجٍ أربعة أشهرٍ وعشرا"[3] .

وجاءته صلى الله عليه وسلم امرأةٌ فقالت : إن ابنتي توفي عنها زوجها ، وقد اشتكت عينيها أفتكحلهما؟ قال : "لا" ، قالت ذلك مرتين أو ثلاثاً ، كل ذلك يقول : "لا" ، ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إنما هي أربعةُ أشهرٍ وعشرٌ ، وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبَعَرة على رأس الحول"[4] .

---

(١) ذكر المؤلف معنى الإحداد لغة ، وانظر أيضاً : اللسان ، مادة (حَدَدَ) .
وهو شرعاً : ترك ماهو زينة ولو مع غيره . شرح حدود ابن عرفة ٣١٢/١ .
وقال ابن أبي زيد : والإحداد أن لاتقرب المعتدة من الوفاة شيئاً من الزينة بحلي أو كُحْلٍ أو غيره . الرسالة ص٢٠٧ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٦٠/ب .

(٣)،(٤) أخرجهما البخاري ، كتاب الطلاق ، باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ١٨٥/٦ ومسلم ، كتاب الطلاق ، باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ١١٢٣/٢، ١١٢٤ رقم (١٤٨٦) ، (١٤٨٨) ، ومالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الإحداد ٤٦٥/٢، ٤٦٦ رقم (١٠١، ١٠٣) .

قالت زينب بنت أبي سلمة[١] : كانت[٢] المرأة في الجاهلية إذا مات زوجها دخلت حِفْشًا[٣] لها ، ولبست شرَّ ثيابها ، ولم تمسّ طيباً ولاشيئًا حتى تمرَّ سَنَةٌ ، ثم تُؤتى بدابةٍ ، حمارٍ أو شاةٍ أو طيرٍ ، فَتَفْتَضُّ به[٤] فقلَّما تفتَضُّ بشيءٍ إلا مات ، ثم تخرج فتُعطى بَعَرَةً فترمي بها من وراء ظهرها ، ثم تُراجع بَعْدُ ماشاءت من الطيب وغيره[٥] .

قال عبد الوهاب : إنما مُنعت الحادُّ من الطيب وغيره من[٦] الزينة لأنهما داعيان إلى النكاح ، فمُنعت من ذلك كما مُنع المُحرِم منه ، ولأنها لما[٧] مُنعت من التصريح بالقول[٨] كانت بأن تُمنع مما هو أبلغ مما يدعو إلى ذلك أولى[٩] .

---

(١) أي لما سألها حُميد بن نافع وقال لها : وماترمي بالبعرة على رأس الحول؟ كما في الصحيحين والموطأ ، وزينب هي راوية الحديث .

(٢) هي زينب بنت أبي سلمة بن عبد الأسد المخزومية ، ربيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وُلدت بأرض الحبشة وتزوج النبي صلى الله عليه وسلم أمها أم سلمة وهي ترضعها ، كانت من أفقه أهل زمانها .
انظر : الطبقات ٣٣٧/٨ ، الإصابة ٣١٠/٤ .

(٣) قال مالك : والحِفش : البيت الرديء . الموطأ ٤٦٦/٢ .
وقال الجبي : الحِفش بكسر الحاء : أخسُّ بيتٍ في الدار . شرح غريب ألفاظ المدونة ص٩٣ .

(٤) قال مالك : وتفتض : تمسح بها جلدها كالنشرة .
وعلّق محمد فؤاد عبد الباقي على ذلك بقوله : قال ابن وهب : معناه تمسح بيدها عليه أو على ظهره ، وقيل : معناه تمسح به ثم تفتض ، أي تغتسل بالماء العذب ، والافتضاض : الاغتسال بالماء العذب للإنقاء حتى تصير كالفضة . الموطأ ٤٦٦/٢ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٤٦٦/٢ رقم (١٠٣) ، وهو في صحيح مسلم أيضاً.

(٦) "غيره من" ليست في أ ، ب .

(٧) "لما" ليست في أ ، ب .

(٨) أي بالخِطبة .

(٩) انظر : المعونة ٩٢٩/٢ .

[فصل ٢ ـــ في المطلقة هل عليها إحداد؟]

ومن المدونة : قال مالك : ولاإحداد على مطلقةٍ بثلاثٍ أو واحدة ، قال : وعلى كل معتدةٍ من وفاة زوجها الإحداد ، وإن كانت صغيرةً أو ذمية تحت مسلم ، لعموم الخبر[١] [٢] .

وإنما لم يكن على المطلقة إحدادٌ لقوله صلى الله عليه وسلم : "لايحل لامرأةٍ تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحِدَّ على ميتٍ إلا على زوج"[٣] ، ولأن المطلقة لها من يحرسها ويمنعها من التزويج وهو الزوج ، فلم تمنع من الطيب والزينة الداعيين إلى النكاح ، والمتوفى عنها زوجها بخلافها[٤] .

[فصل ٣ ـــ في إحداد الكتابية]

ومن المدونة : وابن نافع لايرى على الكتابية إحداد[٥] .

قال الشيخ : فوجه قول مالك[٦] : عموم الخبر[٧] ، ولأنها زوجةٌ متوفى عنها زوجها كالمسلمة ، ولأن عدتها في الوفاة والطلاق كعدة الحرة المسلمة ، فكذلك الإحداد .

ووجه قول ابن نافع : قوله صلى الله عليه وسلم : "لايحل لامرأةٍ تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحِدَّ على ميتٍ إلا على زوج" ، فَجَعَلَ من وصف الحَادِّ الإيمان[٨] .

---

(١) وهو قوله عليه الصلاة والسلام : "لايحل لامرأة ..." الحديث ، كما ذكر المؤلف نقلاً عن القاضي عبد الوهاب .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٣٠،٤٣٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

(٣) سبق تخريجه قريباً .

(٤) انظر : المعونة ٢/٩٢٩ .

(٥) انظر : المدونة ٢/٤٣٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

(٦) أي أن الكتابية تحت مسلم عليها إحداد إن توفي عنها زوجها ، وقد تقدم قريباً .

(٧) أي السابق .

(٨) والكتابية ليست من أهل الإيمان . انظر : المعونة ٢/٩٣٠ .

وقول مالكٍ أصح لما قدمنا[١] .

[فصل ٤ ــ في إحداد الأمة]

ومن المدونة : قال مالك : وعلى الأمة الإحداد[٢] .

قال الشيخ : لعموم الأخبار ، واعتباراً بالحرة لعلة كونها زوجةً متوفى عنها[٣] .

قال مالك : وتعتد حيث كانت تبيت ، وليس لساداتها منعها من ذلك ، ولهم أن يخرجوها نهاراً للبيع ، ولايبيعونها إلا ممن لايخرجها من الموضع الذي تعتد فيه حتى تتم العدة ،ولايزينوها للبيع بما لاتلبسه الحاد [٤] .

قال ابن حبيب : قال مطرف وابن القاسم عن مالك : ولا/إحداد على المرتابة حتى تنقضي الريبة وإن بلغت خمس سنين[٥] . [١٣٢/أ]

[فصل ٥ ــ فيما لاتلبسه الحاد ولاتستعمله]

ومن المدونة : قال مالك : ولاتلبس الحادُّ شيئاً من الأصباغ ، قال عروة : إلا أن تصبغ بسواد .

قال مالك : ولاتلبس رقيق عَصب اليمن[٦] ،ووسّع في غليظه ، وتلبس رقيق البياض كله ، وغليظه من الحرير والكتان والقطن .

---

(١) وصححه القاضي عبد الوهاب أيضاً . انظر : المصدر نفسه ٩٣٠/٢ .

(٢) انظر : المدونة ٤٣٠/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

(٣) انظر : المعونة ٩٢٩/٢ .

(٤) انظر : المدونة ٤٣٠/٢، ٤٣١ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

(٥) النوادر والزيادات ل٣٤٧/أ،ب .

(٦) عصب اليمن : بفتح العين هي ثيابٌ تأتي من اليمن . انظر : شرح غريب ألفاظ المدونة ص٤٤ .

قال : ولاتلبس خَزّاً[١] ، قال مالك في المختصر الكبير : إلا الأبيض منه ، والأسود .

ومن المدونة : قال مالك : ولاتلبس ماصبغ من ثياب أو جِبَاب[٢] ، حريرٌ أو كَتَّانٌ أو قِطْنٌ أو صوفٌ وإن كان أخضر أو أدكن إلا أن لاتجد[٣] غيره فتضطر إليه.

قال ابن القاسم : وهذا إذا كانت بموضعٍ لاتجد استبدالاً به فيجوز لها لبسه للضرورة ، وإن وجدت بدله ببيع فليس لها لبسه .

قال مالك : ولاتلبس حُلِيّاً ، ولاقُرْطاً[٤] ، ولاخاتماً ، ولاخَلْخَالاً[٥] ، ولاسِواراً ، ولاخاتم حديد ، ولاخُرْص[٦] ذهبٍ أو فضة ، ولاتمسُّ طيباً .

قال ابن عمر : ولاتختضِب ، قال ربيعة : ولاتُحنِّط ميتاً .

قال مالك : ولاتَدَّهِن بزَنْبَق[٧] ، ولابنَفْسَج[٨] ، ولاخَيري[٩] ، ولاشيءٍ من

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٣١،٤٣٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

(٢) جِبَاب جمع جُبَّة وهي : ضربٌ من مُقطَّعات الثياب تُلبس .
انظر : اللسان ، مادة (جَبَبَ) .

(٣) "لا" ليست في أ .

(٤) القُرْط : نوعٌ من حُلي الأذن معروف . انظر المصدر نفسه ، مادة (قَرَطَ) .

(٥) الخَلْخَال : هو الذي تلبسه المرأة في ساقها . انظر : المصدر نفسه : مادة (خَلَلَ) .

(٦) الخُرص بالضم والكسر : حلقةٌ صغيرةٌ من الحلي ، وهي من حلي الأذن .
انظر : المصدر نفسه ، مادة (خَرَصَ) .

(٧) الزَّنْبَق : هو دهن الخلِّ المربَّب بالياسمين .
المعتمد في الأدوية المفردة ص٢٠٧ .

(٨) البنفسج معروف ، وهو من الرياحين المشمومة ، ورقه إذا ضُمِّد به وحده أو مع دقيق الشعير سكَّن الأورام الحارة ، ويبرد وينفع من التهاب المعدة . انظر : المصدر نفسه ص٣٥،٣٦ .

(٩) الخيري : نباتٌ معروف ، له زهرٌ مختلف ، بعضه أبيض وبعضه فرفيري ، وبعضه أصفر نافع في أعمال الطب ، ودهن الخيري لطيفٌ محلِّلٌ مسكِّنٌ للجراحات ، وهو شديد التحليل لأورام الرحم وأورام المفاصل . انظر : المصدر نفسه ص١٤٤،١٦٧ .

الأدهان المربَّبة[١] ، وتدَّهِن بالزيت والشَّيْرَج[٢] .

قال : ولاتمشط بحنَّاءٍ ولاكَتَمٍ[٣] ، ولابما يختمر في رأسها ، وتمتشط[٤] بالسِّدْر وشبهه مما لايختمر في رأسها .

قال : ولاتكتحل إلا من ضرورةٍ فلابأس به وإن كان فيه طيب ، ودين الله يُسر[٥] .

ابن المواز : قال مالك : وتكتحل بالليل وتمسحه بالنهار ، وروي ذلك عن النبي صلى الله عليه وسلم[٦] .

قال : ولاتحضر عمل الطيب ، ولاتبيعه ، ولاتتَّجر به وإن لم يكن لها تكسبُ إلا فيه حتى تحل .

وروى أشهب عن مالك في التي مات زوجها وقد امتشطت : لاتنقض مشطها ، أرأيت لو اختضبت ، وقاله ابن نافع[٧] .

---

(١) يقال : ربَّبت الدهن : طيَّبته وأجدْته ، قال اللحياني : ربَّبت الدهن : غذوته بالياسمين أو بعض الرياحين ، قال : ويجوز فيه ربته ، ودهنٌ مربَّبٌ إذا رُبِّب الحبُّ الذي اتخذ منه بالطيب . انظر اللسان ، مادة (رَبَبَ) .

(٢) الشَّيْرَج : هو دهن الحل ، ويستخرج بطحن السمسم وعجنه بالماء الحار ، وهو حارٌ رطب ، مغذٍّ مليِّن . انظر : المعتمد في الأدوية المفردة ص٢٧٩ .

(٣) الكَتَم : من شجر الجبال ، ويعدُّ شِباباً للحِنَّاء ، يجفَّف ورقه ويُخلط بالحناء ويُخضب به الشعر فيبقى لونه ويقوِّيه وهو أخضر . انظر : المصدر نفسه ص٤١٣ .

(٤) في أ ، ب "ولاتمتشط" .

(٥) انظر : المدونة ٤٣١/٢-٤٣٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب فيما تجتنبه المعتدة في عدتها ٧٢٧/٢، ٧٢٨ رقم (٢٣٠٥) ، والنسائي ، كتاب الطلاق ، باب الرخصة للحادة أن تمتشط بالسدر ١٤٨/٦ رقم (٣٥٣٧) ، والبيهقي ، كتاب العدد ، باب المعتدة تضطر إلى الكحل ٧٢٤/٧ رقم (١٥٥٣٨) قال الحافظ ابن حجر : إسناده حسن . بلوغ المرام ص٢٣٥ رقم (١١٢٩) .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٧/أ،ب .

قال ابن أبي زمنين : وروى البرقي عن أشهب أنه قال : لاتدخل الحادُّ الحمّام[١] ، ولاتطلي بالنُّورَة[٢] ، ولابأس أن تستَحِد[٣][٤] .

وقال غيره : لها أن تدخل الحمّام ، ولابأس أن تنظر في المرآة وتقلم[٥] أظفارها ، وتدهن رأسها بالزيت ومالاطيب فيه[٦] .

وسبيل الأمة وأم الولد والمكاتبة والمدبرة سبيل الحرة المسلمة البالغة في الإحداد ولزوم العدة من الأزواج ، إلا أن عدة من فيها بقية رقٍ في وفاة زوجها على النصف من أمد عدة الحرة[٧] .

وقد تقدم هذا ووجهه[٨] .

---

(١) الحمام : هو مكان الاغتسال بالماء الحار . معجم لغة الفقهاء ص١٨٦ .

(٢) النُّورة : هي مايُعمل من صدف حيوانٍ بحريٍ ومن حجارةٍ مستديرة ومن ردئ الرخام ، وهي تقطع نزف الدم من الجراحات ، وإذا غسلت بالماء مراراً كثيرةً نفعت من حرق النار . المعتمد في الأدوية المفردة ص٤٢٨ .

(٣) الاستحداد : حلق شعر العانة بالحديد . غريب الحديث ١٩٦/١ .

(٤) تهذيب الطالب ل٦١/أ .

(٥) "في المرآة وتقلم" مكانها بياض في أ ، ب .

(٦)،(٧) انظر : المدونة ٤٣٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

(٨) أي في الباب الثاني من هذا الكتاب .

[الباب الخامس]
في عدة أم الولد من وفاة سيدها وزوجها

[فصل ١ ــ في عدة أم الولد من وفاة سيدها أو عتقه إياها ، أو وفاة زوجها]

قال مالك رحمه الله : وعدة أم الولد من وفاة سيدها أو عتقه إياها حيضة ، وقاله ابن عمر[١] وزيد بن ثابتٍ[٢] وكثيرٌ من السلف[٣] .

قال نافع[٤] : وقد أعتق ابن عمر أم ولده ، فلما حاضت حيضة زوجها[٥] .

قال ابن القاسم : وأم الولد إذا مات زوجها وسيدها و لم يُعلم أيهما مات أولاً فلتعتد من أحدث الموتين أربعة أشهرٍ وعشرًا ، مع حيضة[٦] .

قال سحنون : وهذا إذا كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال ، أو لم يُعلم كم بينهما ، وإن كان بينهما أقل من شهرين وخمس ليال ــ يريد : أو شهرين وخمس ليالٍ سواء ـ فعليها أن تعتد أربعة أشهرٍ وعشراً فقط[٧] .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك لاحتمال أن يكون الزوج مات أولاً ، فيجب عليها لوفاته شهران وخمس ليال ، فإذا كان ذلك بين الموتين أو أقل لم يجب عليها لموت السيد حيضة ، لأنها لم تحل له بعد ، وإذا كان بين الموتين أكثر من ذلك فقد حلت للسيد ، فيجب / عليها بموته حيضة ، فوجب عليها في هذا الوجه شهران [١٣٢/ب] وخمس ليالٍ مع حيضة ، وإن كان موت السيد أولاً فقد صارت حرة ، ثم مات

---

(١) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها ٤٦٣/٢ رقم (٩٢) .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب من قال عدة أم الولد حيضة ١٥٠/٤ رقم (١٨٧٥٠) .

(٣) كالحسن البصري وربيعة وسليمان بن يسار . انظر : المدونة ٤٣٨/٢،٤٣٩ .

(٤) في جميع النسخ "ابن نافع" ، وهو خطأ .

(٥) وفي المدونة ٤٣٩/٢ "زوجنيها" .

(٦)،(٧) انظر : المصدر نفسه ٤٣٦/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

زوجها فعدتها منه أربعة أشهرٍ وعشرٌ ، فلما أشكل ذلك احتيط لها ، فجُعل عليها أربعة أشهرٍ وعشراً مع حيضة ، إذ الشهور من جنسٍ واحدٍ، فأغنى الأكثر عن الأقل ، والحيضة ليست من جنس الشهور ، فلابد منها ، فإن حاضتها في الشهور أجزأتها ، وإلا طالبتها بعد الشهور ، وإنما لم يجب عليها حيضة ، إذ ليس بين الموتين شهران وخمس ليالٍ فأدنى ، فالأربعة أشهرٍ وعشرٌ تجزئ من الشهرين وخمس ليال ، وبالله التوفيق .

قال الشيخ : وبلغني أن غير واحدٍ من القرويين قال : إنما هذا على رواية ابن وهبٍ عن مالكٍ في الأمة تباع فيرتفع دمها : أنها تستبرئ بتسعة أشهر .

وأما على قول ابن القاسم الذي يرى أنه يبرئها ثلاثة أشهر ، فلاحيضة عليها وإن كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال ، لأنها تعتد من أحدث الموتين أربعة أشهرٍ وعشراً ، فإن عدمت الحيضة فيها فقد زادت على الثلاثة أشهر التي تبرئها[١] .

قال الشيخ : وهذا الذي ذكروه[٢] غير صحيح ، لأن الحيضة في أم الولد من وفاة سيدها ، أو عتقه إياها عدة ، لقوة الاختلاف فيها ، فهي بخلاف الأمة في هذا ، فإذا كانت عدة لها من سيدها ، وعليها عدة من زوجها أربعة أشهرٍ وعشراً احتياطاً ، فلابد من مطالبة أقصى الأجلين كقول ابن القاسم فيمن نكح في عدة وفاة ودخل بها ، ففرق بينهما : أنها تعتد أربعة أشهرٍ وعشراً من يوم توفي عنها زوجها مع ثلاث حيض[٣] ، فتطالب أقصى الأجلين ، فكذلك أم الولد في مسألتنا ، لأنها تعتد من اثنين .

قال بعض القرويين : وإن جاءت بولدٍ فإنه ابنٌ للزوج[٤] .

---

(١) انظر : النكت والفروق ل٧٨/أ .

(٢) أي القرويين .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٤٠ .

(٤) لأن فراشه متيقّن ، والسيد لايدرى هل له فراش أم لا .
انظر : تهذيب الطالب ل٦٢/ب .

ومن المدونة : قال مالك : ولاميراث لها من زوجها ، لأنه توريثٌ بالشك حتى يُعلم أن السيد مات قبل زوجها .

قال مالك : وعدة أم الولد من وفاة سيدها أو عتقه إياها حيضة ، وإن كانت ممن لاتحيض فثلاثة أشهر ، إذ لايبرأ رحمٌ بأقل من ذلك .

قال سليمان بن يسار : أو تكون حاملاً فحتى تضع[1] .

ومن غير المدونة : ومن أعتق أمته أو أم ولده في عدة وفاةٍ أو طلاقٍ حلت بتمام العدة ولو لم يبق منها إلا يوم ، ولو أعتقها بعد خروجها من العدة فأم الولد تأتنف حيضة ، والأمة تحل مكانها[2] .

[فصل ٢ ـــ في أم الولد إن مات سيدها في أول حيضتها]

ومن المدونة : قال مالك : ولو مات سيد أم الولد وهي في أول دم حيضتها أو غاب عنها فحاضت بعده حِيَضاً كثيرة ، ثم مات في غيبته فلابد لها من استئناف حيضةٍ بعد موته .

قال ابن القاسم : لأنها عدةٌ لها ، بخلاف استبراء الملك ، ولقوة الاختلاف فيها قد قال بعض العلماء : عليها أربعة أشهرٍ وعشراً ، وقال بعضهم : ثلاث حيض[3] .

قال عبد الوهاب : فالذي قال : أربعة أشهرٍ وعشراً عمرو بن العاص ،

---

(١) انظر : المدونة ٤٣٦/٢، ٤٣٧، ٤٣٩ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

(٢) النوادر والزيادات ل٣٤٥/أ .

(٣) انظر : المدونة ٤٣٦/٢، ٤٣٧ ، تهذيب المدونة ص١٠٤ .

وسعيد بن المسيب[١] ، والذي قال : ثلاث حيض ، أبو حنيفة[٢] ، فدليلنا على عمرو قوله عز وجل : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾[٣] ، فأوجب ذلك على الزوجات فدل أن الإماء بخلافهن .

ودليلنا على أبي حنيفة قوله عز وجل : ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾[٤] ، فأوجب ذلك في حق الطلاق فانتفى وجوبه عن الوفاة[٥] .

[فصل ٣ ــ في مسائل مختلفة]

ومن المدونة : / قال مالك : ولاإحداد عليها في عدتها من وفاة سيدها ، [١٣٣/أ] لأنها ليست بزوجة .

قال : ولاأحب لها المواعدة فيها[٦] ، ولاتبيت فيها إلا في بيتها .

قال : وإن زوجها سيدها ، ثم مات عنها لم يكن على زوجها استبراء .

قال مالك : وليس للرجل أن يزوج أم ولده ، أو أمة قد وطئها إلا بعد الاستبراء ، ولايجوز نكاحٌ إلا حيث يجوز الوطء ، إلا في دم حيضٍ أو نفاسٍ من غير معتدة ، فإن النكاح يجوز في ذلك ، ولاتوطأ حتى تطهر .

---

(١) أخرجهما ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب من قال : عدتها أربعة أشهر وعشرا ١٤٩/٤ رقم (١٨٧٣٩، ١٨٧٤١) .

(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص٢١٨ ، تحفة الفقهاء ٢٤٥/٢ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

(٤) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٥) انظر : المعونة ٩٢٤/٢، ٩٢٥ .

(٦) وهي التي قد نهى الله عنها بقوله : ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٥.
قال ابن رشد : فنهى أن يَعِدَ كل واحدٍ منهما صاحبه ، لأنها مُفَاعلةٌ فلاتكون إلا من اثنين ، وهي تكره ابتداءً بإجماع . المقدمات الممهدات ٥٢٠/١ .

قال ابن القاسم : ولو اعتدت أم الولد من وفاة زوجها وحلت ، فلم يطأها السيد حتى مات ، أو كان غائباً ببلدٍ يُعلم أنه لم يقدم منه بعد وفاة الزوج فعليها حيضة ؛ ألا ترى أنها لو تمت عدتها من الزوج ثم أتت بولدٍ لايشبه[1] أن يكون من سيدها ، فزعمت أنه من السيد لَلَحِق به في حياته وبعد وفاته ، إلا أن يقول السيد قبل موته : لم أمسها بعد موت زوجها ، فلايلحق به ، وكل ولدٍ جاءت به أم الولد لرجل ، أو أمة أقر بوطئها لمثل ماتلد له النساء وهو خمس سنين فأدنى ، فهو بالسيد لاحق ، وتكون به أم ولد ، أتت به في حياته ؛ أو بعد وفاته ، أو بعد أن أعتقها ، إلا أن يدعي السيد في حياته الاستبراء ، فينتفي منه بلالعان ، لأن ملك اليمين لالعان فيه[2] .

---

(١) في أ "يشبه" .

(٢) انظر : المدونة ٤٣٨،٤٣٧/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٥،١٠٤ .

[الباب السادس]
جامع النكاح في العدة
وذكر العدة من زوجين

[فصل ١ ــ في النكاح في العدة]

قال الله سبحانه : ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِي أَنفُسِكُمْ عَلِمَ اللهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا إِلَّا أَن تَقُولُوا قَوْلًا مَّعْرُوفًا ، وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾(١) .

وقضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وعلي بن أبي طالب رضي الله عنه فيمن نكح في العدة بالفراق ، ولايتناكحان أبداً(٢) ، وجلدهما عمر رضي الله عنه ، وأعطى المرأة ماأمهرها الرجل بما استحل منها(٣) .

فنهى الله عز وجل عن النكاح في العدة وأذن بالقول المعروف(٤) ، فقيل : إن ذلك(٥) كقوله : إني بكِ لمُعجَب ، ولكِ محِب ، وفيكِ رَاغب(٦) ، وإن يقدِّر الله أمراً يكن ، ونحو ذلك ، وقاله جماعةٌ من التابعين(٧) .

قال بعضهم : وجائزٌ أن يهدي لها ، ولاتجوز المواعدة لها ، ولالوليها في عدة طلاقٍ أو وفاةٍ، حرةً كانت أو أمةً(٨) .

قال عطاء : وأكره مواعدة الولي وإن كانت المرأة مالكةً أمرها(٩) .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٥ . قال ابن العربي في تفسيرها : المسألة الأولى : حرم الله تعالى النكاح في العدة ، وأوجب التربص على الزوجة . أحكام القرآن ٢١٢/١ .

(٢)،(٣) أخرجها سعيد بن منصور ، باب المرأة تزوج في عدتها ١٨٨/١،١٨٩ رقم (٦٩٥،٦٩٦، ٦٩٩) .

(٤) أي في الآية السابقة ، والمراد به التعريض الجائز .

(٥) أي القول المعروف .

(٦) وهو الذي مال إليه مالك ، قال ابن العربي : وهذا عندي أقوى التعريض ، وأقرب إلى التصريح . أحكام القرآن ٢١٣/١ .

(٧) كابن شهاب وابن قسيط وعطاء ومجاهد . انظر : المدونة ٤٣٩/٢ .

(٨)،(٩) انظر : المصدر نفسه ٤٣٩/٢ .

قال ابن المواز : وأما الأب في ابنته البكر ، والسيد في أمته فكمواعدة الحرة ، وأما وليٌّ لايزوج إلا بإذنها[1] فيكره[2] ، وإن نزل لم أفسخه[3] .

[فصل ٢ ــ فيمن واعد في العدة ونكح بعدها]

ومن المدونة : قال مالك : ومن جهل فواعد امرأةً في العدة ، وسمى الصداق ونكح بعد العدة ، فأحب إلي أن يفارقها بطلقة ، دخل بها أم لا ، ويخطبها بعد عدتها منه إن كان دخل بها .

وروى عنه أشهب إيجاب الفراق[4] .

واختلف قول ابن القاسم فيه في غير المدونة ، فقال : يفسخ بقضاء ، وقال : بغير قضاء[5] .

فوجه إيجاب الفراق : قوله عز وجل : ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾[6] ، والنهي يقتضي الفساد ، ولأن السبب إذا منع الخِطبة جاز أن يؤثِّر في الفراق ، أصله خِطبة الرجل على خِطبة أخيه .

ووجه الاستحباب : أن الخطبة ليست بعقد ، وإنما هي استدعاءٌ والتماس ، فوقوعها لايوجب الفراق إذا وقع العقد بعد العدة كخطبة المُحْرِمَة ومواعدة المريضة[7] . / [١٣٣/ب]

---

(١) "إلا بإذنها" ليست في أ .

(٢) في أ "فلايكره" .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٦١/أ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٤٣٩ ، تهذيب المدونة ص١٠٥ .

(٥) ويكون طلقة ، انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٥/أ .

(٦) سورة البقرة : آية ٢٣٥ .

(٧) انظر : المعونة ٢/٧٩٢،٧٩٣ .

[فصل ٣ ــ فيمن نكح في العدة وبنى فيها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن نكح وبنى في العدة ، أو قبّل ، أو باشر لم تحل له أبداً ، وحرُمت على آبائه وأبنائه[١] .

قال بعض البغداديين : وإنما قال ذلك لحديث عمر وعلي : أنهما لايتناكحان أبداً[٢] ، ولامخالف لهما ، فهو كالإجماع ، ولأنه أدخل شبهةً في النسب فتأبَّد التحريم عليه كالملاعن[٣] .

قال الشيخ : ولأنه استعجل النكاح قبل حلوله ، فمُنِعه عقوبةً كمنع القاتل الميراث[٤] ، وإنما حرمت على آبائه وأبنائه[٥] لأنه قد مسَّ بشبهة نكاح .

[فصل ٤ ــ فيمن نكح في العدة وبنى بعدها]

ومن المدونة : قال غير ابن القاسم : قال مالك وعبد العزيز[٦] : ومن نكح في العدة وبنى بعدها فسخ نكاحه ، وكان كالمصيب فيها .

وقال المغيرة وغيره : لايحرم عليه نكاحها إلا الوطء في العدة .

وقال ابن القاسم : قال مالك : يفسخ هذا النكاح وماهو بالحرام البين[٧] .

قال الشيخ : فوجه تأبيد التحريم[٨] : قول عمر رضي الله عنه : فإن دخل بها[٩] فلاينكحها أبداً[١٠] ، ولم يفرِّق[١١] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٥٧ .
(٢) سبق تخريجه ص٥٩١ .
(٣) انظر : المعونة ٢/٧٩٣ .
(٤) لأن من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه .
(٥) "وأبنائه" ليست في أ ، ب .
(٦) هو عبد العزيز بن أبي سلمة ، وقد سبقت ترجمته ص٤٥١ .
(٧) انظر : المدونة ٢/٤٤٠،٤٤١،٤٥٧ ، تهذيب المدونة ص١٠٥ .
(٨) وهو أنه كالناكح في العدة ، فيفرق بينهما ولايتناكحان أبداً .
(٩) أي الثاني .
(١٠) أخرجه مالك ، كتاب النكاح ، باب جامع مالايجوز من النكاح ٢/٤٢٣ رقم (٢٧) .
(١١) أي بين من بنى في العدة أو بعدها .

ووجه نفيه : أنه لم يطأ في العدة ، فلم يدخل شبهة في النسب ، وهذه علة التأبيد[١] .

ومن غير المدونة : قال سحنون : أخبرني ابن نافع عن عبد العزيز بن أبي سلمة أنه كان يقول فيمن تزوج في العدة ودخل بها فيها ، ثم فرق بينهما : إنه يجوز له أن يتزوجها بعد ذلك إذا انقضت عدتها .

قال بعض أصحابنا : ويحتمل أن يكون قوله هذا موافقاً لقوله في المدونة[٢] ، لأنه لم يبين في المدونة حكم المصيب في العدة ، وبيَّنه في غيرها أنه لاتحرم عليه للأبد وإن أصاب فيها فإصابته بعدها أحرى أن لايتأبد التحريم عليه .

ومعنى قول مالك : إنه يتأبد التحريم فيها[٣] .

قال الشيخ : فيحتمل أن يكون قوله في المدونة موافقاً لقول مالك ، والله أعلم .

قال ابن القاسم في التي زنت فتوطأ بنكاحٍ قبل الاستبراء ، أو وضع حملٍ لاتحرم بذلك عليه بعد اليوم ، ثم رجع فقال : أما في الحمل فتحرم عليه ولاتحرم في غيره ، وروي ذلك عن مالك[٤] .

وقال أصبغ : أكرهه في الحمل ، والقياس أنه وغيره سواء ، فلاأحب أن يتزوجها في ذلك كله .

ومن زنت امرأته فوطئها زوجها في ذلك الماء فلاشيء عليه[٥] .

قال ابن المواز : ولاينبغي أن يطأها في ذلك الماء .

قال أشهب : والحامل من زوجها حملاً بيِّناً إذا وطئت غصباً لم أرَ بأساً أن يطأها زوجها فيه .

قال أصبغ : أكرهه وليس بحرام ، وأرى أن مالكاً كرهه .

---

(١) كما تقدم قريبا . انظر : المعونة ٢/٧٩٣،٧٩٤ .

(٢) وقد تقدم قريبا .

(٣) فهما يتفقان أنه كالمصيب في العدة في فسخ النكاح ، كما تقدم من قولهما .
انظر : تهذيب الطالب ل٦١/أ .

(٤)،(٥) المصدر نفسه ل٦١/أ .

قال ابن حبيب : وإن لم تكن بينة الحمل فلايطؤها إلا بعد ثلاث حيض[١] .

[فصل ٥ ــ في العدة من زوجين]

ومن المدونة : قال مالك : ومن طلقت بخلع فتزوجت في العدة ، ودخل بها الثاني فليفرق بينهما ، وتأتنف ثلاث حيض من يوم فسخ نكاح الثاني ، فيجزئها عن الزوجين .

قال ابن القاسم : وإن كان عدتها بالشهور أجزأها منهما جميعاً ثلاثة أشهر مستقبلة .

قال مالك : وإن كان قد جاء عن عمر : أنها تتم عدة الأول وتأتنف عدة الثاني[٢] [٣] .

قال الشيخ : فوجه الأول[٤] : أن الغرض في العدة إنما هي لبراءة الرحم ، وذلك يحصل مع تداخل العدتين ، أصله الحمل .

ووجه أنها تتم عدة الأول وتأتنف عدة الثاني[٥] : لأن الثاني أيضاً وطئ وطأً له حرمة ، فوجب استيفاء عدته كالأول[٦] .

ومن المدونة : قال مالك : وأما الحامل فالوضع يبرئها من الزوجين جميعاً وإن كان من الآخر[٧] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٦١/أ .

(٢) سبق تخريجه ص٥٩٣ .

(٣) اي فلايعمل به .
انظر : المدونة ٤٣٩/٢، ٤٤٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٥ .

(٤) وهو قول مالك .

(٥) وهو قول عمر .

(٦) انظر : المعونة ٩٢٧/٢ .

(٧) انظر : المدونة ٤٤٠/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٥ .

قال الشيخ : لقوله عز وجل : ﴿وَأُوْلَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[1] ، ولأنه أبلغ مايبرأ به الرحم ، فوجب أن يبرئها من الزوجين .

قال ابن المواز : هذا إذا كان الحمل من الأول ، وذلك أن تنكح قبل حيضة ، أو تضعه لأقل من ستة أشهرٍ من يوم نكاح الثاني ، فإنه يبرئها ، وإن كان من الآخر مثل أن يتزوجها بعد / حيضة ، وتضعه لأكثر من ستة أشهر ، أو لستة أشهرٍ [١٣٤/أ] من يوم نكاحها الثاني ، فلايبرئها ولابد لها من ثلاث حيض .

قال : وروى أشهب عن مالك : أن ذلك يبرئها[2] .

قال ابن المواز : وهو عندي ضعيف[3] .

قال الشيخ : فوجه قول ابن المواز : أنه قد لزمها عدة الأول ثلاث حيض ، ولايسقط لأجل حملٍ من غير من تعتد منه ، كالتي منعها مرضٌ أو رضاعٌ من الحيض ، فلاتبرأ إلا بالحيض[4] .

ووقع في نقل أبي محمد[5] : أنه إن كان الحمل من الآخر فلايبرئها ، ولابد من ائتناف ثلاث حيض[6] .

وفي الأمهات : ولابد من بقية الثلاث حيض ، وهذا هو الصواب ، لأن الحمل لايكون من الآخر إلا أن تتزوجه بعد حيضة ، وتضعه لستة أشهرٍ فأكثر ، فقد مضت لها حيضة ، فتتم بقية الثلاث حِيَض ، وهذا بيِّنٌ فاعلمه[7] .

---

(١) سورة الطلاق : آية ٤ .

(٢) أي من الزوجين .

(٣)،(٤) انظر : تهذيب الطالب ل٦١/ب .

(٥) أي في نقله للمسألة السابقة في النوادر .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٤/أ .

(٧) وهذا التحقيق لعبد الحق فقد قال : فإنما وقع الغلط في العبارة : فإنها تأتنف ثلاث حيض بعد الوضع ، وقد التمست لفظها في الأمهات لابن المواز فوجدته قال ...الخ .
تهذيب الطالب ل٦١/ب .

قال ابن المواز : وأما إن كان الحمل من زنا لم يبرئها ذلك[١] بحال من عدة لزمتها ، ولاتبرأ بوضع[٢] من لايلحق بأبيه إلا في الملاعنة فإنها تبرأ به ، لأنه إذا استلحقه لحق به[٣] .

قال أبو محمد : انظر كيف يكون الحمل من زنا وثَمَّ[٤] فراش ، والولد به لاحق إلا أن ينفيه بلعان[٥] .

قال الشيخ : إنما يصح قول ابن المواز عندي في امرأة الخصي القائم الذكر ، إذ لايلحق به ولد وتلزم منه العدة ، لأنه يطأ .

قال بعض أصحابنا : ويصح على قوله إذا تقاررا أنه من زنا ونفي بلااللعان ، أو يكون الزوج قد لاعن ثم أقرت المرأة بالزنا[٦] .

[فصل ٦ ــ في الحكم إن نكح في عدة طلاق غير بائن أو في عدة وفاة]

ومن المدونة : قال مالك : ومن نكح في عدة طلاق غير بائن فسخ ذلك ، بنى بها أم لا .

وقال غيره : وهو[٧] ناكح في عدة .

قال مالك : وللأول الرجعة قبل فسخ نكاح الثاني وبعده ، فإن ارتجعها فلايقربها إن بنى بها الثاني إلا بعد ثلاث حيض ، أو وضع حمل إن كان من الثاني.

---

(١) أي وضع الحمل .

(٢) في جميع النسخ "بحمل" والتصحيح من النوادر والتهذيب .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٤/أ ، تهذيب الطالب ل٦١/ب .

(٤) "وثم" مكانها بياض في أ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٦١/ب .

(٦) ففي هاتين الحالتين انتفى الولد ولايبرئها الحمل .
انظر : المصدر نفسه ل٦١/ب .

(٧) "وهو" ليست في أ .

قال ابن القاسم : ومن نكح في عدة وفاةٍ ودخل بها ففرق بينهما فلتعتد أربعة أشهرٍ وعشراً من يوم توفي عنها زوجها مع ثلاث حيض ، تطالب أقصى الأجلين ؛ لأنهما عدتان مختلفتان .

قال : وإن كانت مرتابةً أو مستحاضةً فعليها من يوم الوفاة أربعة أشهرٍ وعشرا ، وسنةً من يوم فسخ نكاح الثاني[1] .

قال الشيخ : هذا يدل على أن مذهبه في المدونة : أن عدة المستحاضة والمرتابة في الوفاة أربعة أشهرٍ وعشر ، ولو قال : عليها سنةً من يوم فسخ نكاح الثاني لأجزأ ، لأن الأربعة أشهرٍ وعشراً داخلةٌ فيها .

[فصل ٧ ــ في المَنْعِي لها زوجها تتزوج ثم يقدم الأول أو يموت أو يطلق]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا غاب عن المرأة زوجها سنين ، ثم نُعِيَ لها فاعتدت وتزوجت ، ثم قدم زوجها الأول رُدَّت إليه وإن ولدت الأولاد من الثاني إذ لاحجة لها إلا[2] باجتهاد إمام ، أو بيقين طلاق ، ولايقربها القادم إلا بعد العدة من ذلك الماء بثلاث حيض ، أو بثلاثة شهور ، أو وضع حملٍ إن كانت حاملاً من الآخر .

وإن مات القادم قبل وضعها اعتدت منه عدة الوفاة ، ولاتحل بالوضع دون تمامها ، ولابتمامها دون الوضع ، وكذلك قضى عمر بن عبد العزيز[3] .

قال ابن المواز عن ابن القاسم : لو طلقها الأول حين قدم وهي حاملٌ[4] فلايبرئها الوضع ، ولتأتنف بعده ثلاث حيض للأول ، كالتي منعها مرضٌ أو رضاعٌ من الحيض .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٤٠ ؛ تهذيب المدونة ص١٠٥ .

(٢) "إلا" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٤١ ، تهذيب المدونة ص١٠٥ .

(٤) أي من الثاني .

هذا قولهم[١] إلا أشهب فإنه قال : وضعها يبرئها من الزوجين ، وأما ابن القاسم قال : ليست كالناكحة في العدة تلد من الثاني أو الأول فيبرئها من الزوجين.

قال أصبغ : لأن الطلاق والعدة في امرأة المنعي وجبت بعد الحمل ، والحمل من غيرمن تعتد منه ، وغير هذا خطأ[٢] .

قال ابن المواز : وإذا اعتدت المنعي لها زوجها ، ثم تزوجت فلم يبن بها الثاني حتى مات / المنعي أو طلق ، ثم دخل بها الآخر بعد خروجها من عدة [١٣٤/ب] الأول فليفرق بينهما ، ويؤمر بالتورع عنها ، وهي أخف ممن نكح في العدة ودخل بعدها وكمن يواعد فيها ونكح بعدها ، وهذا قد عقد وهي ذات زوج ، فعقده كَلَا عقدٍ ولكنه وطئ في نكاح كانت فيه عدة ، فليتنزّه عنها أحب إلي[٣] .

وفي العتبية : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في التي نُعي لها زوجها تنكح ثم يقدم فتقول : قد نعي لي[٤] ، ولم يكن ماادعت فاشياً ، قال مالك : لاترجم ، ودعواها شبهة ، ويفسخ نكاحها وترد إلى الأول[٥] ، وتعتد من مسيس الثاني[٦] .

قال بعض فقهائنا عن شيوخنا القرويين فيمن طلق زوجته طلاقاً رجعياً فتزوجت في العدة ، وحملت من الثاني قبل انقضاء عدتها : فنفقتها على الزوج الثاني لأن الحمل له ، وهي محبوسةٌ عن الأول فلاتلزمه نفقة .

وحكي أن غيره يرى أن النفقة على الأول لبقاء عصمته ، وسواءٌ ارتجعها في العدة أم لا[٧] .

---

(١) أي مالك وابن القاسم وأصحابهما .

(٢) أي القول بائتناف العدة بعد الوضع ثلاث حيض .
انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٤/أ ، تهذيب الطالب ل٦١/ب .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٧/ب ، تهذيب الطالب ل٦٢/أ .

(٤) في العتبية زيادة : "ولم ترفع ذلك إلى الإمام" .

(٥) فإن شاء أمسك وإن شاء طلق .

(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٣٠،٣١ .

(٧) تهذيب الطالب ل٦٢/أ .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : ولو كان الأول راجعها في العدة ثم تزوجت في العدة ولم تَعلم برجعته ، ولايكون الثاني ناكحاً في عدة ، لأنه إنما تزوج زوجة رجل ،ولو لم يراجعها الأول حتى نكحها الثاني ودخل بها في العدة ففسخ نكاحه ، وأخذت في العدة منه فراجعها زوجها الأول في بقية من عدتها ، ووطئها في الثلاث حيض التي اعتدت بها من الزوج الثاني لم يكن الأول واطئاً في عدة ، لأن الزوجية بينهما قائمة ، وإنما عليه أن يستبرئها من وطء هذا الذي تزوجها في العدة ، وهذا بيّنٌ فاعلمه[1] .

[فصل ٨ ــ فيمن بنى بأم ولد مات عنها سيدها أو معتقة قبل مضي الحيضة]

ومن المدونة : قال غير ابن القاسم : ومن نكح أُمَّ ولدٍ قد أعتقها سيدها ، أو مات عنها ، أو أمةً أعتقها ربُّها وقد وطئها ، فدخل بها الزوج قبل أن تمضي الحيضة ، فذلك يحرم كالوطء في العدة .

وروي لمالك في أم الولد يموت سيدها فيتزوجها رجلٌ قبل حيضة ، أنه متزوجٌ في عدة .

وروي عنه : أنه ليس كالناكح في عدة[2] .

قال الشيخ : فوجه الأولى : أنهم جعلوا الحيضة في أم الولد كالعدة في الحرة فكان الناكح فيها كالناكح في العدة ، لأنه أدخل شبهةً في النسب ، فوجب تأبيد التحريم عليه كالوطء في العدة .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٦٢/ب .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٤١،٤٤٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٥ .

ووجه الثانية : أن حقيقة هذه الحيضة استبراءٌ لاعدة ، لأنها عن وطءٍ بملك ، وإنما ذكر الله عز وجل العدة في الزوجات[1] ، ولو كانت عدةً لكانت قُرءَين أو شهرين وخمس ليال ، لأنها في حكم الإماء ، فلما كان غالب حكمها الاستبراء كان الوطء بنكاحٍ فيها كوطء مبتاع الأمة قبل الاستبراء ، وذلك لايوجب تأبيد التحريم .

[فصل ٩ ــ في وطء السيد لأمته المعتدة]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا وطئ السيد أمته في عدةٍ من زوجٍ حرٍ أو عبدٍ ، حرمت عليه للأبد .

قال : وكل وطءٍ بملكٍ أو شبهة نكاحٍ في عدة نكاحٍ يحرم ، ألا ترى أن من طلق زوجته ألبتة ، ثم ابتاعها لم يحل له وطؤها بالملك حتى تنكح زوجاً غيره .

قال ابن وهب عن مالك : ومن وطئ أمةً بنكاحٍ في عدة نكاح ، ثم ابتاعها لم تحل له بعد أبداً[2] .

ومن العتبية : روى أبو زيد عن ابن القاسم : ومن نكح أمةً فبنى بها وهي حاملٌ من السيد فسخ ذلك ، وليس بواطئٍ في عدة ، ولاتحرم عليه ، والوطء بملكٍ أو نكاحٍ ممن ليست في عدة نكاحٍ أو وفاةٍ فليس يحرم .

---

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

(٢) انظر : المدونة ٤٤٢،٤٤١/٢ ؛ تهذيب المدونة ص١٠٥ .

[فصل ١٠ ــ في تأبيد التحريم على الناكح في العدة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فرق عمر بين المتناكحين في العدة في العمد والجهل ، وقال : لايتناكحان أبداً[١] .

ابن وهب : وقد قال عمر فيمن نكح في العدة فلم يدخل بها حتى فرق بينهما : أنها تتم عدة الأول ، ويخطبها الثاني إن شاء ، وإن دخل بها لم تحل له أبدا[٢] [٣] .

قال عبد الوهاب : لأنه إذا لم يدخل بها لم يدخل في النسب شبهة ، وهذا الظاهر[٤] ؛ وقد قيل : يتأبّد التحريم عليه .

ووجه ذلك : قوله / عز وجل : ﴿وَلَاتَعْزِمُواْ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَابُ أَجَلَهُۥ﴾[٥] ، فارتكب النهي فعوقب بتأبيد التحريم[٦] . [١٣٥/أ]

قال الشيخ : ولأن من أصلنا أنَّا نحرِّم بالأقل ، وقد حرم الله عز وجل مانكح الآباء[٧] ، فكان العقد على الزوجة تحريماً على الأبناء كالدخول ، فكذلك هذا .

---

(١) سبق تخريجه ص ٥٩١ .
(٢) سبق تخريجه ص ٥٩٣ .
(٣) انظر : المدونة ٢/٤٤٢ .
(٤) أي عدم تأبيد التحريم .
(٥) سورة البقرة : آية ٢٣٥ .
(٦) انظر : المعونة ٢/٧٩٤ .
(٧) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَلَاتَنكِحُواْ مَانَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَاقَدْ سَلَفَ﴾ . سورة النساء آية ٢٢ .

[الباب السابع]
فيمن أتت بولد بعد العدة
وقد نكحت زوجا أم لا

روى ابن وهب عن اللَّيث بن سعد عن ابن عجلان أن امرأته وضعت له ولدًا في أربع سنين ،ووضعت له آخر في سبع سنين[١] .

وسئل أبو عمران عما يقال أن مالكاً أقام في بطن أمه سنتين؟ [٢]

فقال : ذكره الواقدي[٣] ، وأخذه عنه ابن قُتيبة[٤] [٥] .

وقيل لابن القاسم : فمن طلق زوجته ثلاثاً[٦] أو واحدةً فأتت بولدٍ لأكثر من سنتين أيلزم الزوج الولد؟

قال : نعم يلزمه عند مالك إذا جاءت به في ثلاث سنين أو أربعٍ أو خمس ، وهو رأيي[٧] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٤٤ .

(٢) وذكر ابن سعد عن الواقدي أنه قال : سمعت مالك بن أنس يقول : قد يكون الحمل ثلاث سنين ، وقد حُمِلَ ببعض الناس ثلاث سنين - يعني نفسه - قال : وسمعت غير واحدٍ يقول : حُمِلَ بمالك بن أنس ثلاث سنين . الطبقات ٥/٤٦٥ .

(٣) هو أبو عبد الله محمد بن عمر بن واقد الأسلمي الواقدي المدني ، قاضي بغداد ، أحد أوعية العلم ، حدَّث عن محمد بن عجلان وابن جريج وثور بن يزيد وخلق كثير ، كان عالماً بالمغازي والسيرة والفتوح ، توفي سنة ٢٠٧هـ .
انظر : المصدر نفسه ٥/٤٩٣ ، سير أعلام النبلاء ٨/٢٩٣ ، شذرات الذهب ٢/١٨ .

(٤) هو أبو محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوري ، وقيل : المروزي ، العلامة الكبير ، الإمام ، اللغوي ، نزل بغداد وصنَّف وجمع ، كان ثقةً ديِّناً فاضلاً ، له تصانيف كثيرة منها : غريب القرآن ، غريب الحديث ، إعراب القرآن ، كتاب المعارف ، عيون الأخبار ، أعلام النبوة ، توفي سنة ٢٧٦هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ١٠/٦٢٥ ، شذرات الذهب ٢/١٦٩ .

(٥) تهذيب الطالب ل٦٢/أ .

(٦) "ثلاثا" ليست في أ ، ب .

(٧) انظر : المدونة ٢/٤٤٢،٤٤٣ .

قال : وكان مالك يقول : إذا جاءت به لما يشبه أن تلد له النساء لزمه[١] .
وقد ذكرنا وجه ذلك قبل هذا[٢] .

قال ابن القاسم : كل معتدةٍ من وفاةٍ أو طلاقٍ بائنٍ أو غير بائنٍ تأتي بولدٍ وقد أقرت بانقضاء عدتها أو لم تُقر ، فإنه يلحق بالزوج مابينها وبين خمس سنين فأدنى ، إلا أن ينفيه الحي بلعان ، ويدعي أنه استبرأ قبل طلاقه ، فلايضرها ماأقرت به من انقضاء العدة ، لأنها تقول : حضت وأنا حاملٌ ولاعلم لي بالحمل ، وقد تُهراق المرأة الدم على الحمل .

وكذلك إن طلقت وارتابت بتأخير حيض فاعتدت بسنة ، فإنها تحل إلا أن تستراب بعد ذلك فتنتظر حتى تذهب ريبتها ، فإن تمادت الريبة جلست مابينها وبين خمس سنين ، فما وضعت بعد ذلك لم يلحق بالزوج وإن أتت به[٣] بعد ذلك لشهرين أو ثلاثة ، وتحد المرأة ، وإن مضى لهذه المطلقة خمس سنين إلا خمسة أشهرٍ ولم تقر بانقضاء العدة ثم تزوجت ، فإن قالت : إنما تزوجت بعد العدة وبعد زوال الريبة صدقت ، ولاتنكح المسترابة البطن إلا بعد زوال الريبة ، أو بعد خمس سنين ، فإن نكحت قبل خمس سنين بأربعة أشهرٍ فأتت بولدٍ لخمسة أشهرٍ من يوم نكحت لم يلحق بأحد الزوجين وحُدَّت ، وفسخ نكاح الثاني ، لأنه نكح حاملاً[٤] .

قال الشيخ : وحكي لنا عن بعض شيوخنا القرويين : أن الشيخ أبا الحسن كان يستعظم أن يُنفى الولد من الزوج الأول وأن تحد المرأة حين زادت على الخمس سنين بشهر ، وكان يقول : كأن الخمس سنين فرضٌ من الله عز وجل ورسوله[٥] !

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٤٢،٤٤٣ .
(٢) انظر : ص ٥٧٢ .
(٣) "به" ليست في أ ، ب .
(٤) انظر : المصدر نفسه ٢/٤٤٣-٤٤٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٥ .
(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٦٢/ب .

وقد اختلف قول مالك وغيره في مدة الحمل ، فقال مرة : يلحق الحمل إلى سبع سنين ، وقال : إلى دون ذلك ، فكيف ينفي الولد وترجم المرأة فيمن كان القول فيها على مثل هذا ، هذا عظيم! [١]

قال مالك : وإن نكحت امرأةٌ ودخلت في العدة قبل حيضة ، ثم ظهر بها حملٌ فهو للأول ، وتحرم على الثاني ، ولو نكحت بعد حيضةٍ فهو للثاني إن وضعته لستة أشهرٍ فأكثر من يوم دخل بها الثاني ، فإن وضعته لأقل فهو للأول ، وهذا حكم النكاح ، وإنما القَافَةُ[٢] في الأمة يطؤها السيدان في طهرٍ واحدٍ فتأتي بولد[٣] .

قال : وكذلك من نكح في عدة وفاةٍ بعد حيضة ، أو قبل في لحوق الولد[٤] .

قال ابن القاسم : وعدتها منهما وضع الحمل / ألحقت الولد بالأول أو [١٣٥/ب] بالثاني ، وهو فيها أقصى الأجلين[٥] .

قال ابن المواز : ومن تزوج امرأةً في العدة قبل حيضة فأتت بولد ـ يريد[٦] لستة أشهر[٧] ـ فهو للأول إلا أن ينفيه بلعان ، فإن التعن لم تلتعن هي وكان بالثاني لاحقاً إلا أن ينفيه ، فإن نفاه بلعانٍ التعنت هي ، وإن نكلت حُدَّت ، ولو التعن الثاني ثم استلحقه الأول لحق به ولم يُحد ، إذ لم ينفه إلى زنا ، وإذا كان الثاني هو مستلحقه دون الأول لحق به وحُد ، لأنه كان نفاه إلى غير أب .

ومن استلحقه منهما أولاً[٨] لحق به[٩] ، ثم لادعوى للثاني فيه ، ولو ادعاه الأول قبل لعان الثاني لم يقبل منه ، لأنه ابنٌ للثاني ، ولو استلحقاه كلاهما بعد التعانهما كان الأول أحق به[١٠] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٦٢/ب .
(٢) القافة جمع القائف وهو : الذي يتتبّع الآثار ويعرفها ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه . انظر : اللسان ، مادة (قَوَفَ) .
(٣) أي فيلحق الولد بمن ألحقته به القافة منهما ، ولايدعى القافة في النكاح .
(٤)،(٥) انظر : المدونة ٢/٤٤٥-٤٤٧ ، تهذيب المدونة ص١٠٥ .
(٦) "يريد" ليست في أ ، ب .
(٧) في النوادر : لأكثر من ستة أشهر من يوم فَقْدِ الثاني .
(٨) أي بعد التعانهما ولعان الأم .
(٩) أي وَحُد .
(١٠) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٧/أ .

[الباب الثامن]
في امرأة الخصي والصبي تأتي بولد ، وعدتها منه وعدة الذمية تسلم تحت ذمي ، والعدة في النكاح الفاسد وتصادق الزوجين على نفي المسيس

[فصل ١ ــ في امرأة الصبي تأتي بولد ، وعدتها منه]

قال مالك : وإذا كان الصبي لايولد لمثله وهو يقوى على الجماع ، فظهر بامرأته حملٌ لم يلحق به وتَحُدّ المرأة ، وإن مات هذا الصبي لم تنقض عدتها من الوفاة بوضع حملها ، وعليها أربعة أشهرٍ وعشراً من يوم مات ، وإنما الحمل الذي تنقضي به العدة الحمل الذي يثبت به نسبه من أبيه ، خلا الملاعنة خاصةً فإنها تحل بالوضع وإن لم تلحقه بالزوج ، وإذا مات الزوج وهي في العدة لم تنتقل إلى عدة الوفاة - يريد وكذلك المختلعة والمنعي لها زوجها[1] والمعتدة من وفاةٍ تتزوج فتحمل من الآخر أو تكون حاملاً من الأول فيلحق الولد بأحدهما ، فإنه تنقضي به عدتها من الآخر وإن لم يلحق به ، وقد تقدم هذا .

قال مالك : وإذا دخل الصبي بزوجته ومثله يقوى على الجماع ولايولد لمثله ثم صالح عنه أبوه أو وصيه ، فلاعدة على امرأته ، ولاصداق لها ، ولاغُسْل عليها من وطئه إلا أن تَلْتَذَّ - يعني : أنزلت[2] .

فصل [٢ ــ في امرأة الخصي تأتي بولد ، وعدتها منه]

قال مالك : والخَصِي لايلزمه ولدٌ إن أتت به امرأته إلا أن يُعلم أنه يولد لمثله فيلزمه[3] .

---

(١) "زوجها" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٤٤ ، تهذيب المدونة ص١٠٥ .

(٣) أنظر : المدونة ٢/٤٤٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٥ .

قال ابن حبيب : وإن كان الخصي مقطوع الخصا والعسيب ممسوحاً فلاعدة عليها من طلاقه ، وهي داخلة في قوله تعالى : ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾[١] .

وإن جاءت بولدٍ لم يُلحق به ، وعلى امرأته الحد .

وإذا بقي معه[٢] أنثياه أو اليسرى وبقي معه من عَسِيبه بعضه فالولد لاحقٌ به إلا أن ينفيه بلعان ، وعليها العدة ، وروي ذلك عن مالك[٣] .

[فصل ٣ ــ في عدة الذمية تسلم تحت ذمي]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا أسلمت ذميةٌ تحت ذميٍّ ، ثم مات وهي في عدتها لم تنتقل إلى عدة الوفاة ، وتمادت على عدتها ثلاث حيض .

قال غيره : وناكحها ناكحٌ في عدة .

قال مالك : ولاشئ لها من المهر إن لم يكن دخل بها ، مات أو لم يمت[٤] .

قال في المستخرجة[٥] : فإن تزوجها مسلمٌ بعد حيضةٍ لم يفسخ نكاحه ، دخل بها أم لا ، لأن مالكاً كان يقول قديماً : عدتها حيضة[٦] .

وقال أصبغ في كتاب ابن المواز كقول ابن القاسم[٧] .

---

(١) سورة الأحزاب : آية ٤٩ .

(٢) "معه" ليست في أ .

(٣) تهذيب الطالب ل٦٢/ب .

(٤) انظر : المدونة ٢/٤٤٦،٤٤٧ ، تهذيب المدونة ص١٠٥،١٠٦ .

(٥) أي ابن القاسم .

(٦) قال ابن رشد : قوله : لأن مالكاً قد كان يقول قديمًا تجزئها حيضة ، يدل على أن الذي رجع إليه أنه لايجزئها إذا أراد المسلم أن يتزوجها إلا ثلاث حيض وهو الذي في المدونة .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٤٧١،٤٧٢ .

(٧) أي بأنه لايفسخ نكاحه . انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٦/ب .

ابن المواز : وقال ابن وهب يفسخ نكاحه[١][٢] .

[فصل ٤ ـــ في العدة في النكاح الفاسد]

ومن المدونة : قال : ومافسخ من نكاحٍ فاسدٍ ، أو ذات محرمٍ ، أو المنعي لها تنكح ، أو أمةٍ بغير إذن سيدها ، فالعدة في ذلك كله كعدة النكاح الصحيح ، ويعتددن في بيوتهن[٣] . / [١٣٦/أ]

فصل [٥ ـــ في تصادق الزوجين على نفي المسيس]

ومن المدونـــة : وإذا تصادق الزوجان بعد الخلوة في النكاح الفاسد أو الصحيح على نفي المسيس لم تسقط العدة بذلك ، لأنه لو كان ولدٌ لثبت نسبه إلا أن ينفيه بلعان ،ولايكون لها صداقٌ ولانصفه ، لأنها لم تطلبه ، وتُعَاضُ[٤] من تلذُّذه بها إن كان تلذَّذ منها بشيء ، وقيل : لاتُعَاض[٥] .

---

(١) "نكاحه" ليست في أ .

(٢) المصدر نفسه ل٣٤٦/ب .

(٣) لأن أصله كان نكاحاً يُدرأ عنهما به الحد ويُلحق فيه الولد .
انظر : المدونة ٤٤٧/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٦ .

(٤) أي يعطيها عوضاً بدل تلذذه بها .

(٥) انظر : المدونة ٤٤٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٦ .

[الباب التاسع]
في امرأة المفقود والأسير وماله وميراثه
وفي التي يبلغها الطلاق ولم تبلغها الرجعة

[فصل ١ ـ في امرأة المفقود ومايضرب لها من الأجل]

وقد ضرب عمر بن الخطاب رضي الله عنه لامرأة المفقود أربع سنين ، ثم تعتد عدة الوفاة ثم تحل[١] .

قال مالك : وبلغني عنه في امرأة المفقود ، وفي التي علمت بالطلاق ولم تعلم بالرجعة أنها إن تزوجت ثم قدم الأول فإنه أحق بها مالم يدخل بها الثاني ، وهذا أحب ماسمعت إلي فيها وفي امرأة المفقود .

قال : وإنما يضرب السلطان الأجل لامرأة المفقود بعد أن ترفع إليه ، وإن لم تقم إلا بعد سنين ، وإنما يضرب لها بعد الكشف عنه ، وإن علم إلى أي جهةٍ خرج إليها كتب إليها في الكشف عنه ، فإذا أيس من عِلْمِ خَبَرِه ضرب لها من يومئذٍ للحر أربع سنين ، وللعبد سنتين ، وسواءٌ كانت الزوجة حرةً أو أمةً .

قال : ثم تعتد هي بعد ذلك دون أمر الإمام كعدة الوفاة ، كان زوجها دخل بها أم لا ، وعليها الإحداد[٢] .

قال ابن الماجشون : لاإحداد عليها ، ولها ذلك في يقين الموت[٣] .

قال الشيخ : وروي لمالك : إذا كان للمفقود امرأتان فرفعت أحداهما أمرها إلى السلطان ، فضرب له أجل أربع سنين ، ثم بعد ذلك رفعت المرأة الأخرى أمرها ، قال مالك : لايستأنف لها ضرباً[٤] .

---

(١) سبق تخريجه ص٥٧٢ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٤٩، ٤٥٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٦ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٧/ب .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل٦٣/ب .

وذكر لنا عن بعض شيوخنا مثل هذا .

قال : وكذلك إن قامت بعد مضي الأجل والعدة فإنه يجزئها ، وضرب الإمام الأجل لواحدةٍ من نسائه كضربه لجميعهن ، كما أن تفليس المِديان لأحد الغرماء تفليسٌ لجميعهم ، وقيام واحدٍ كقيام الجماعة[1] .

وذكر عن أبي عمران أنه يضرب للثانية الأجل حين ترفع إليه من غير أن يكشف عن أمر المفقود ، لأنه قد كشف عنه للأولى[2] .

قال بعض فقهائنا : وهذا أصح[3] ، والله أعلم .

قال عبد الوهاب : وإنما قلنا : أن الإمام يكشف عن خبره إذا رفعت زوجته ذلك إليه ثم يضرب له أجل أربع سنين ليزيل الضرر عنها ، ولايجوز له ضرب الأجل قبل السؤال والبحث ، لجواز أن يكون حيًا ، وإنما يضرب له أجل أربع[4] سنين لاجتماع الصحابة على ذلك ، وروي عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم : أنه يضرب له أجل أربع سنين[5] ، ومثله عن جماعةٍ من التابعين ، و لم يحفظ خلافٌ عن أحدٍ من الصدر الأول في ذلك ، ولأن أصل ضرب الأجل إنما هو للغالب من مدة الحمل ، وغالبه هذا المقدار ، ولأنه لما كان لها الخيار في الفرقة مع العِنَّة والإيلاء و لم يكن[6] فيهما إلا فقد الوطء دون فقد العشرة والنفقة ، كان في مسألتنا الجامعة لفقد ذلك أولى ، وإنما جعلنا عليها عدة الوفاة دون عدة الطلاق ،

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٦٣/ب .
(٢) أي فيكفي ذلك .
(٣) انظر : المصدر نفسه ل٦٣/ب .
(٤) "أربع" ليست في أ ، ب .
(٥) سبق تخريجهما ص٥٧٢ .
(٦) في أ ، ب زيادة "لها" .

لأن الغالب من شأنه الموت ، إذ لو كان حياً لكان في طول البحث يعلم حاله ، ولايجوز لمحكوم لها بالمفارقة أن تتزوج إلا بعد العدة ، لأن الطلاق لايوجب عدةً قبل الدخول / فاحتيط بهذا للزوج الأول وللنسب ، فبني أمره على الغالب وهو الموت [١٣٦/ب] ولم تكن لها نفقةٌ في هذه العدة ، لأنها عدة وفاة ، ولانفقة للمتوفى عنها زوجها ، وهو في ذلك بخلاف الأجل الذي لها النفقة فيه ، وإنما قلنا : إذا انقضت العدة كان لها التزويج ، لأن الخبر ورد بذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما[١] ، ولأن العدة لو لم تُفِدْ إباحة تزويجها لكان لامعنى لها ، وإنما لم تحتج فيه إلى إذن الإمام لأن إذنه قد حصل بضرب الأجل ، لأن فائدة حبسها عن التزويج قبل انقضائه زوال المنع بانقضائه[٢] .

قال أبو عمران : أحسن مايعتمد عليه في تصحيح أربع سنين للمفقود أن يقال : إن عمر وعثمان وغيرهما من جميع من ذهب إلى إبانة المرأة من عصمته مع تجويز حياته اتفقوا على توقيت أربع سنين[٣] ، والمخالفون لهم[٤] قالوا : لاتنكح أبداً حتى تتيقن وفاته[٥] ، فإذا كان للسلف قولان لم يجز إحداث قولٍ ثالثٍ بعد انقراضهم[٦] ، وإنما يجوز لمن بعدهم التمسك بما رأوه أصوب من ذلك ، وضعّف[٧]

---

(١) أخرجه البيهقي ، كتاب العدد ، باب من قال : تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشراً ثم تحل ٧٣٢/٧ رقم (١٥٥٦٧) .

(٢) انظر : المعونة ٨٢١/٢،٨٢٢ .

(٣) سبق تخريجه قريباً .

(٤) وهو علي بن أبي طالب كما في تهذيب الطالب .

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في امرأة المفقود من قال : ليس لها أن تزوج ٥١٣/٣ رقم (١٦٧٠٣) .
وقال بقول علي رضي الله عنه أبو قلابة وإبراهيم النخعي والشعبي وجابر بن زيد وحماد وغيرهم . انظر : المصدر نفسه ٥١٣/٣ .

(٦) قال أبو الوليد الباجي : وهو قول كافة أصحابنا وأصحاب الشافعي . انظر : إحكام الفصول ص٤٢٩ .

(٧) أي أبي عمران .

قول الأبهري : إن توقيت أربع سنين إنما هو لأنه أقصى مدة الحمل ، وذلك منتقِضُ بقول مالك في العبد : أنه يضرب له أجل نصف ذلك ، وأنه اختلف قوله في أقصى مدة الحمل[١] [٢] .

[فصل ٢ ــ في الحكم إن قدم المفقود قبل نكاحها أو بعده]

ومن المدونة : قال مالك : فإن قدم أو صحّت حياته قبل أن تنكح مُنعت من النكاح ، وكانت زوجةً بحالها ، وكذلك لو تزوجت ولم يدخل بها لفسخ نكاح الثاني وردت إلى الأول ، وكذلك التي يبلغها الطلاق ولم تبلغها الرجعة ، فإن لم تعلم هي ولم يقدم هو حتى دخل بها الثاني ، فالثاني أحق بها .

وأول قولي مالك فيها : إن عقد نكاح الثاني دون البناء يُفِيتُها على الأول ، وأخذ به المغيرة وغيره .

وأخذ ابن القاسم وأشهب بقوله الآخر : إن الأول أحق بها ما لم يدخل بها الثاني[٣] .

قال الشيخ : وعلى هذا القول الذي لايُفِيتُها إلا دخول الثاني بها ، فيجب أن تقع به الحرمة وإن لم يدخل بها .

وقد اختلف هل يقع التحريم في النكاح المختلف في فسخه؟ وهذا أقوى في التحريم لقوة الاختلاف فيه .

قال عبد الوهاب : وإنما قال[٤] : إذا جاء زوجها في الأجل أو في العدة أو قبل تزويجها فهو أحق بها ، لأن الأجل إنما ضرب لمجيئه ، والعدة لوفاته فلم يكن ذلك ولم تَفُتْ بتزويج ، فلذلك كانت باقيةً على زوجيته ، وإنما قال : وإن جاء

---

(١) انظر : ص ٥٧١ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٦٢/ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٤٩ ، تهذيب المدونة ص١٠٦ .

(٤) في أ زيادة "ذلك" .

بعد عقد الثاني ودخوله فلامقال له ، لأنها قد فاتت بالوطء وحكم الحاكم ، لأن اعتدادها بأمره حكم بالفراق عليه ، وأما إن جاء بعد التزويج وقبل الدخول فوجه قول مالك الأول[1] : أنها نكحت بعد الاعتداد وضرب الأجل كما لو دخل .

ووجه الآخر[2] : أنه عقد نكاحٍ مختلَف فيه طرأ عليه عقد نكاحٍ صحيحٍ تقدمه ، فوجب أن لايفيتها إلا بأن يُضمَّ إليه دخول ، أصله نكاح الوليين[3] .

قال الشيخ : وأيضاً فإن النكاح الثاني من نكاحٍ صحيحٍ لم يدخل فيه ، والأول نكاحٌ صحيحٌ دخل فيه ، فقد زاد مزيَّة الدخول على الثاني فكان أولى ، وإن دخل الثاني فقد استوت مزيتهما وزاد عليه الثاني الحيازة فكان أولى .

قال ابن الجلَّاب : وإن فقد قبل الدخول أعطيت المرأة نصف صداقها ، قال: فإن ثبتت بعد ذلك وفاته أكمل لها صداقها ، وكذلك إن مضى عليه[4] من الزمان مالايحيا لمثله دفع إليها بقية صداقها .

ـ **قال الشيخ** : وقاله عبد الملك[5] ـ .

وقيل : يدفع لها أولاً صداقها كله ، فإن جاء بعد ذلك زوجها حياً رجع عليها بنصفه ، وقيل : لايرجع عليها بشيء[6] .

قال الشيخ : فوجه قوله : يدفع إليها نصف صداقها خوفاً أن يكون زوجها حياً فتعد فرقته طلاقاً .

ووجه أنه يدفع إليها جميعه : / لأنه أنزله بمنزلة الميت ، واعتدت لوفاته فكان لها جميعه كالمتوفى عنها زوجها . [١٣٧/أ]

---

(١) وهو أن عقد نكاح الثاني دون البناء يفيتها على الأول ، وقد تقدم .

(٢) وهو أن الأول أحق بها ما لم يدخل بها الثاني .

(٣) أي أن المرأة إذا عقد لها وليان فالصحيح منهما العقد الأول ويبطل الثاني .
انظر : المعونة ٢/٨٢٣ .

(٤) في أ ، ب "عليها" .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٦٣/ب .

(٦) التفريع ٢/١٠٨ .

ووجه إن جاء حياً رجع عليها بنصفه : لأنه قد بان صحة الفرقة أنها كانت طلاقا .

ووجه أنه لايرجع عليها بشيء : لأنه حكمٌ نفذ فلايُنقَض .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك : إذا قضى لزوجته بجميع الصداق قبل البناء ، ثم قدم - [يريد][1] وقد تزوجت - ردت نصفه ، ثم رجع فقال : لاترد شيئاً كالميت والمعترض .

قال ابن المواز[2] : وهذا استحسان ، والأول أقيس ، وهو أحب إلي ، وقاله أصبغ[3] .

[قال الشيخ] : قال أبو بكر بن عبد الرحمن : وإذا ضرب لها الأجل واعتدت ثم أرادت أن تبقى على عصمة المفقود فليس لها ذلك ، لأنها صارت مباحةً للأزواج ، ولاحجة أنه لو قدم لكان أحق بها ، لأنها إنما أمرت بالعدة للفراق ، فتجبر على ذلك حتى تظهر حياته ، ألا ترى أنها لو ماتت بعد العدة لم يوقف له منها ميراث ، وإن كان لو علمت حياته ردت إليه[4] .

وكذلك قال أبو عمران : إذا اعتدت أو مضت بعض العدة لم يكن لها أن ترجع إلى عصمته ، وقد وجبت عليها العدة والإحداد ، فليس لها أن تسقط ماوجب عليها باختيارها .

وأما في الأربع سنين فلها ذلك ، لأنها لم تجب عليها عدة .

قال : ومتى مارفعت بعد ذلك ابتدأ لها الضرب[5] .

---

(١) من تهذيب الطالب .

(٢) في جميع النسخ "قال ابن القاسم" ، وهو خطأ ، والتصحيح من التهذيب .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٣/ب .

(٤)،(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٦٣/ب ، ٦٤/أ .

قال الشيخ : وحكى ابن عَيشُون الطُّلَيطِلي[١] عن ابن نافع : أنها إذا اعتدت ثم قدم المفقود أنه لاسبيل له إليها ، لأنها أبيحت للأزواج إلا بصداقٍ مبتدأ[٢] .

قال أبو عمران : وتواليف ابن عَيشُون الطُّليطلي مُختَلَّةٌ ونقلُه ضعيف[٣] .

[فصل ٣ ــ في الحكم إن رجعت إلى الأول قبل بناء الثاني أو مات الثاني بعد البناء]

ومن المدونة : قال مالك : فإذا رجعت إلى الأول قبل بناء الثاني كانت عنده على الطلاق كله ، وإنما تقع عليها طلقة بدخول الثاني ، فأما قبل ذلك فلا ، لأنه قد وقع الفراق ، وقبل الدخول قد فسخ نكاح الثاني ، وبقيت على الزوجية الأولى .

قال مالك : وإذا مات عنها الثاني بعد البناء ثم تزوجها الأول رجعت عنده على تطليقتين إلا أن يتقدم له فيها طلاق .

قال ابن القاسم : وإذا علم أن المفقود مات بعد نكاح الثاني وقبل دخوله فموته هٰهنا كقدومه حينئذ ، فيفسخ نكاح الثاني ، وترث الأول ، وتعتد لوفاته من يوم صحة موته ، لأن عصمة الأول لم تسقط ، وإنما تسقط بدخول الآخر[٤] .

قال الشيخ : وهذا على قوله الآخر : أنها لاتفوت إلا بالدخول[٥] ، ولأن موته في هذا القول قبل دخول الثاني يصير الثاني كأنه ناكحٌ في عدة ، لأنها باقيةٌ على عصمة الأول ، وتلزمها بموته عدة الوفاة ، وقد صارت في حال العدة متزوجةً لغيره لم يُدخَل بها .

---

(١) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن عيشون الطليطلي ، فقيهٌ ، إمامٌ ، حافظٌ ، له تآليف منها : مختصرٌ مشهورٌ في الفقه ، وحديث مسند مالك ، ومختصر المدونة . توفي بطُليطِلة سنة ٣٤١هـ. انظر : ترتيب المدارك ٤٥٨/٢ ، الديباج ٢٠٤/٢ ، شجرة النور ص٨٩ .

(٢)،(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٦٤/أ .

(٤) انظر : المدونة ٤٤٩/٢،٤٥٠ ؛ تهذيب المدونة ص١٠٦ .

(٥) كما تقدم ، انظر : ص٦١٢ .

[فصل ٤ ــ في الحكم إن مات الثاني قبل البناء أو علم موت الأول بعده]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو مات الثاني قبل البناء فورثته ، ثم عُلِمَ أن الأول حيٌّ ردت ميراثها من الثاني ، ورجعت إلى حكم عصمة الأول في حياته وموته ، ولو علم أن الأول مات بعد بناء الثاني فهو كمجيئه حينئذ ، فتثبت عصمة الثاني ولاترث الأول[1] .

ابن المواز : ولو دخل بها الثاني ثم علم أن المفقود مات قبل دخول الثاني كان نكاح الثاني مفسوخاً[2] .

قال الشيخ : لأنه يصير كالناكح في العدة ، إذ مرَّ بها زمن العدة وهي معقودٌ عليها ، فكان ذلك كالعقد فيها ، كالرامي من الحلِّ تخرق رميته الحرم فتصيب الصيد في الحل ، أنه كالرامي في الحرم[3] .

قال الشيخ : وقد تقدم لابن المواز مايدل على خلاف هذا[4] .

قال : إذا اعتدت المنعي لها زوجها وتزوجت ودخل بها ، ثم ثبت أن الأول مات بعد عقد الثاني وقبل دخوله فليفرق بينهما ، ويؤمر بالتورُّع عنها ، وهي أخفُّ ممن نكح في العدة ودخل بعدها ، / وهو كمن يواعد في العدة ودخل بعدها [١٣٧/ب] لأنه عقد نكاحها وهي ذات زوج ، فعقده كَلَاعَقْد ، ولكنه وطئ في نكاحٍ كانت فيه عدة ، فليتنزه عنها أحب إلي[5] .

قال الشيخ : وماقدمت أقيس[6] ، لأنه عقدٌ لو قدم بعد الدخول فيه لم تُرد إليه ، وليثبت على ذلك العقد ، وإن كانت يوم العقد ذات زوجٍ فإذا مات الأول

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٤٩، ٤٥٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٦ .

(٢) وقد تقدم قريباً من قول ابن القاسم ، انظر : تهذيب الطالب ل٦٤/ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٦٤/ب .

(٤) انظر : ص٥٩٩ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٦٧/ب .

(٦) وهو فسخ النكاح الثاني .

قبل دخول الثاني فقد صادفتها العدة وهي معقودٌ عليها ، فهي[١] كمن عقدت في العدة ودخلت بعدها ، أصله الرامي من الحل تخرق رميته الحرم ثم تصيبه في الحل ، والله أعلم .

[فصل ٥ ــ في الحكم إن نكحت في عدتها من الأول ، أو بعدها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو مات الأول بعد الأجل والعدة ، ثم نكحت في وقتٍ تكون فيه في عدةٍ من الأول في صحة موته فسخ نكاح الثاني ، فإن لم يكن دخل بها كان خاطباً من الخُطَّاب[٢] بعد انقضاء عدة الأول ، وإن كان قد بنى بها في عدة الأول لم تحل له أبداً ، وترث الأول في الوجهين ، وإن صح أنها نكحت بعد تمام عدة الأول من يوم موته ورثته ، وثبتت مع الثاني ، واسلك بالتي تعلم بالطلاق ولاتعلم بالرجعة حتى تعتد وتنكح هذا المسلك في فسخ النكاح والموت والميراث وجميع أحكامها[٣] .

قال عبد الملك : وذلك إذا أقام بينةً أنه ارتجع قبل عقد الثاني ، فأما بقوله بعد عقد نكاح الثاني : إني ارتجعت قبل عقد الثاني ، فلايقبل منه[٤] .

قال ابن المواز : وامرأة المفقود لو تزوجت الثاني ودخل بها ، ثم وجد نكاحه نكاحاً فاسداً يفسخ بغير طلاقٍ ، وقدم المفقود ، فإنها ترد إليه ، ولو كان نكاحاً[٥] يفسخ بطلاقٍ لم ترد إليه .

---

(١) "فهي" ليست في أ .
(٢) أي إن أحب .
(٣) انظر : المدونة ٢/٤٥٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٦ .
(٤) "منه" ليست في أ ، ب .
(٥) "نكاحا" ليست في أ .

ولو قدم بعد أن خلا بها الثاني خلوةً توجب عليها العدة وقال : لم أمسها ، لحرمت على الثاني - يريد في هذا النكاح - ولم تحل للآخر إلا بنكاح جديد بعد ثلاث حيض[١] .

قال : وإن نكحت امرأة المفقود في شهور العدة فهي ناكحةٌ في عدةٍ مالم يظهر للمفقود خبر ، ويفسخ نكاحها ، وتؤمر بتمام الشهور مع ثلاث حيض من الثاني ، فإن نكحت في الثلاث حيض فهي ناكحةٌ في العدة ظهر للمفقود خبرٌ أو لم يظهر ، ولكن يكون الناكح في الشهور ناكحاً في عدةٍ إن عَمِيَ خبره ، وإن ظهر أنه حيٌّ أو أنه مات في وقتٍ لاتكون تلك الأشهر عدة ، أو أنه مات بعد الشهور لم يكن ناكحاً في الشهور ناكحاً في عدة ، ولو تزوجت ثالثاً بعد الثلاث حيض من الثاني وبعد الشهور ، ودخل بها الثالث ، صار متزوجاً في الشهور ناكحاً في العدة إذ لاسبيل للمفقود إليها بعد الدخول الصحيح قبل العلم بخبره[٢] .

قال أبو محمد : إذا كان يلزم المفقود طلقةٌ فقد انكشف أن عدتها عدة الطلاق ، فالأول جاهلٌ نكحها بعد تمام عدة الطلاق في بقية من الأربعة أشهرٍ وعشر ، فسلم من النكاح في العدة ، أو قبل ذلك فيكون ناكحاً في عدة[٣] .

قال ابن المواز : ولو ظهر أنه مات في وقتٍ يكون الثالث ناكحاً في عدةٍ من وفاة كان الثالث والثاني ناكِحَيْن في عدة ، والناكح أولاً في الشهور غير ناكحٍ في عدة[٤] .

قال مالك : وإن نكح في الأربع سنين ودخل بها فليفرق بينهما ، ثم يقيم تمام الأربع سنين ثم تعتد أربعة أشهرٍ وعشراً ، ولابد في ذلك من ثلاث حيض ، وليس بناكحٍ في عدة[٥] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٤٠/أ .

(٢)،(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٦٦/ب ، ٢٦٧/أ .

(٤) لأنها لم تنكح بعده نكاحا يصح حتى تكون الشهور عدة .
انظر : المصدر نفسه ل٢٦٧/أ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل٦٤/ب .

وذكر عن أبي عمران : إذا تزوجت في الأجل أو[1] قبل ضربه فليفرق بينهما وتحد إن لم تعذر بجهل كالمنعي لها زوجها .

قال : وعند إسماعيل القاضي : أن امرأة المنعي لها زوجها بمنزلة امرأة المفقود في اختلاف قول مالك في دخول من تزوجها وغير دخوله .

وقال : لاتكون أسوأ حالاً من امرأة المفقود ، وتكون البينة التي نعت إليها زوجها / ومافعلت هي كحكم الحاكم في المفقود[2] . [١٣٨/أ]

قال الشيخ : وقد تقدم لمالك وأصحابه خلاف ذلك[3] ، وإنها ترد إلى الأول وإن فاتت[4] وولدت الأولاد من الثاني ، إذ لاحجة لها باجتهاد إمام ، أو بيقين طلاق .

وذكر عن أبي عمران : إذا تزوجت في الأربعة أشهر وعشر[5] ففرق السلطان بينهما إذ تزوجت في العدة ، ثم ثبت أن المفقود مات ، وانقضت عدتها منه قبل الأربعة أشهر وعشر وقبل تزويجها ، قال : لايلزم ذلك الفسخ ، وترد إلى هذا الزوج ،ولو كانت قد تزوجت غيره لفسخ نكاح الثالث ، وردت إلى الثاني .

وكذلك مسألة المنعي لها زوجها ، وكذلك لو غاب عن امرأة زوجها فتزوجت ففسخ السلطان نكاحها ، لأنها زوجة رجل ثم انكشف أن الغائب مات أو طلقها وانقضت عدتها منه قبل نكاح هذا الزوج ، أن هذا الفسخ لايلزمه ، وترد إليه ، وهي كامرأة المنعي لها زوجها ترد إلى زوجها على كل حال .

قال : ولو أخبرها ثقتان بموت زوجها الغائب فاعتدت وتزوجت ولم ترفع إلى حاكم ، فلايفسخ ذلك النكاح إذا كانت البينة عدلة ، والأمر على الصحة حتى يظهر خلاف ذلك ، وإنما يفسخ ذلك إذا كانت غير عدلة ، أو لم يعلم ذلك إلا

---

(١) في أ "واو" بدل "أو" .

(٢) المصدر نفسه ل٦٣/أ .

(٣) انظر : ص٥٩٨ .

(٤) "فاتت" ليست في أ ، ب .

(٥) أي بعد الأربع سنين .

لقولها فيفسخ نكاحها ، إذ لسنا على صحة من استباحتها ، وإذا ثبت موته عندها برجلين ثقتين لم يلزمها أن ترفع إلى الحاكم[١] ، ولها أن تتزوج[٢] .

قال ابن حبيب عن أصبغ : وإذا نكحت بعد الأجل والعدة وبنى بها ثم طلق أو مات ، ثم قدم الأول فأراد نكاحها وقد تقدم له فيها طلقتان فلاتحل له إلا بعد زوج ، لأنها ثالثة بعد دخول الثاني بها[٣] .

وفي السليمانية : قال أشهب : له أن يتزوجها بعد أن فارقها زوجها الثاني ، لأنه أحلها له ـ وقاله بعض شيوخنا القرويين ـ .

قال : لأن بدخول الثاني انكشف لنا أن الطلقة وقعت عليها بعد العدة ، ولو وقعت عليها بعد دخوله لوجب أن تستقبل العدة[٤] .

وقال أبو عمران : قول أصبغ صواب ، لأن الطلقة الثالثة إنما تقع بدخول الثاني ، وهي لم تحدث بعدها نكاحا ، فلاتحل له من بعد حتى تنكح بعده[٥] زوجاً غيره ، وكذلك القول على أول قول مالك : أن عقد النكاح يُفيتُها ، أنها لاتحل للمفقود إلا بعد زوجٍ ثان ، فهذا وجه قول أصبغ ، والآخر وجه قول أشهب[٦] .

[فصل ٦ ــ في النفقة على امرأة المفقود وولده]

ومن المدونة : قال مالك : وينفق على امرأة المفقود في الأربع سنين من ماله ولانفقة لها بعد ذلك في الأربعة أشهرٍ وعشر ، لأنها معتدة ، ولولده النفقة ماكانوا صغارا ، إن لم يكن لهم مال ، فإن كان لهم مالٌ أنفق عليهم منه ، لأن مالكاً قال : إذا كان للصغير مالٌ لم يجبر الأب على النفقة .

---

(١) في أ ، ب "الحكمين" .
(٢)،(٣)،(٤) انظر : المصدر نفسه ل٦٥/أ .
(٥) "بعده" ليست في أ .
(٦) انظر : المصدر نفسه ل٦٥/أ،ب .

قال ابن القاسم : وماأنفق على ولد المفقود وزوجته فلايؤخذ منهم بذلك كفيل .

قال مالك : وإذا أنفقت امرأة المفقود من ماله في الأجل ، ثم ثبت أنه مات قبل ذلك ، غرمت ماأنفقت من يوم مات ، لأنها قد صارت وارثة ، ولم يكن منه تفريط ، ونفقتها من مالها .

قال ابن القاسم : وكذلك إن مات قبل الأجل فإنها ترد ماأنفقت من يوم مات ، وكذلك المتوفى عنها زوجها ترد ماأنفقت بعد الوفاة ، وكذلك ماأنفق على ولد المفقود ، ثم ثبت أنه مات قبل ذلك ، فإنهم يردون ماأنفقوا بعد موته[1] .

فصل [٧ ــ في مال المفقود وميراثه]

قال مالك : ولايقسم ورثة المفقود ماله حتى يأتي عليه من الزمان مالايحيا إلى مثله ، فيقسم بين ورثته حينئذٍ لايوم فُقِد[2] .

قال الشيخ : لأنه لاضرر في إيقافه فهو / مفارقٌ للزوجة . [١٣٨/ب]

قال مالك : أو يصح وقت موته فيرثه ورثته يوم صحة موته[3] .

ابن المواز : قال ابن القاسم وغيره : وترثه حينئذٍ زوجته هذه التي ضرب لها الأجل ، واعتدت إن لم تتزوج ويبني بها ، ولو علم أنه مات قبل بناء الثاني لها لورثت الأول كانت الآن حيةً أو ميتة ، وأحب إلينا ماقاله ابن وهب : أنهما يتوارثان مالم تنكح زوجاً غيره[4] .

ـ **قال الشيخ** : لأنه لو أتى لكانت على زوجيتها معه ـ .

واختلف في تعميره ، فقال مالك وابن القاسم : سبعون[5] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٥١،٤٥٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٦ .

(٢)،(٣) انظر : المدونة ٢/٤٥٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٦ .

(٤) سواء ثبت موته أو مُوِّت بالتعمير .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٠/أ .

قال عبد الوهاب : وهذا هو الظاهر ، لقوله صلى الله عليه وسلم : "أعمار أمتي مابين الستين إلى السبعين ، وقلّ من يجاوز ذلك"[١] ، وهذا إخبارٌ عما يتعلق به الحكم من الأعمار .

وقال مالك وابن القاسم أيضاً : ثمانون .

قال ابن الماجشون : تسعون ، وقيل عنه : مئة[٢] .

وقال أشهب : مئة من يوم مولده[٣] .

وسئل الشيخ أبو عمران عن الذي يفقد وهو ابن ثمانين سنة؟

قال : يضرب أجل عشر سنين ،وكذلك إن كان ابن تسعين ، وأما إن كان ابن خمسٍ وتسعين فإنما يضرب له خمس سنين ؛ وإذا فُقِدَ ابن مئةٍ اجتهد فيما يضرب له ، قال غيره : كالسنة ونحوها[٤] .

وفي كتاب ابن سحنون : إذا فُقِد ابن ثمانين ، أو تسعين ، أو مئة ، استحب أصحابنا[٥] أن يزاد على ذلك عشر سنين .

قال بعض أصحابنا : والأول أصوب[٦] .

---

(١) أخرجه الترمذي ، كتاب الدعوات ، باب في دعاء النبي صلى الله عليه وسلم ٥/٥١٧ رقم (٣٥٥٠) ، وابن ماجه ، كتاب الزهد ، باب الأمل والأجل ٢/١٤١٥ رقم (٤٢٣٦) ؛ وابن حبان ، كتاب الجنائز ، باب في أعمار هذه الأمة ٤/٢٧٦ رقم (٢٩٦٩) وصححه ، والحاكم كتاب التفسير ، تفسير سورة الملائكة (غافر) ٢/٤٦٣ رقم (٣٥٩٨) وقال : هذا حديث صحيح على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي .

(٢) انظر : المعونة ٢/٨٢٣،٨٢٤ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٠/أ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل٦٤/أ .

(٥) في أ ، ب زيادة "بعض" .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل٦٤/أ .

[فصل ٨ ـــ في الحكم إن مات للمفقود ولد]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا مات للمفقود ولدٌ وُقِفَ ميراثه منه ، فإن أتى أخذه ، وإن مُوِّت بالتعمير رُدَّ ذلك إلى ورثة الابن يوم مات ، وورث هذا المفقود ورثته يوم جعلته ميتاً ، ولايرثه ولده الذي مات قبل ذلك .

قال مالك : ولايرث أحدٌ أحداً بالشك ، وكذلك لاأورِّث بالشك من لايُعلم أولهما موتاً بغرقٍ أو هَدْمٍ ، ويرث كل واحدٍ ورثته[1] .

وقال ابن الماجشون : وإذا مُوِّت الأب بالتعمير بقي ميراثه من الابن موقوفاً إلى يقين أولهما موتاً ، وبدّأنا إياه على ورثة الابن توريثًا بالشك[2] .

[فصل ٩ ـــ في العبد المفقود يعتقه سيده]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا فُقِد عبدٌ فأعتقه سيده وله ولدٌ أحرارٌ لم يجر ولاءهم حتى يُعلم أن العتق أصابه حيًّا ، ولايوقف للعبد ميراث من مات من ولده الأحرار ، وهو بخلاف الحر في هذا ، لأنه على أصل منع الموارثة بالرق حتى يصح عتقه ، وأحسن ذلك أن يدفع إلى ورثة الابن بحميلٍ يعطونه ، فإن جاء أبوهم دفعوا إليه حظه من ذلك ، وإنما أوقعته للحر ولم أدفعه بحمالة ، لأنه على أصل توارث الأحرار ، إلا أني لاأورِّث بالشك .

وينظر الإمام في مال المفقود ، ويجمعه ويوقفه ، كان بيد وارثٍ أو غيره ، ويوكِّل به من يرضاه ، وإن كان في ورثته من يراه لذلك أهلاً أقامه له ، وينظر في ودائعه وقراضه ، ويقبض ديونه ، ولايبرأ من دفع من غرمائه إلى ورثته ، لأنهم لم يرثوه بعد ، ومأسكن ، أو أعار ، أو أجَّر إلى أجلٍ أُرجي إليه ، وإن قارض إلى

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٥٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٦ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٠/أ .

أجلٍ فسخ ، وأخذ المال ومالحقه من دين ، أو اعتراف ، أو عهدة ثمن ، أو عيب ، قضي به عليه ، ولايقام له وكيل ، وتباع عروضه في ذلك ، / وإن أقام رجل البينة [١٣٩/أ] أنه أوصى له بشيءٍ أو أسند إليه الوصية ، سمعت بينته ، وإذا قضي بموته بحقيقةٍ أو بتعميرٍ جعلت الوصي وصيه ، وأعطيت الموصى له وصيته إن كان حياً ، وحملها الثلث ، ولاأعيد البينة ، وكذلك إن أقامت المرأة بينةً[١] أنه زوجها قبلت بينتها[٢] ، لأن مالكاً يرى القضاء على الغائب[٣] .

فصل [١٠ ـ في امرأة الأسير]

قال ابن القاسم : وأما الأسير فلاتؤجل امرأته بخلاف المفقود ، علمنا بموضع الأسر أم لا ، لأنه معلومٌ أنه قد أُسِر ، ولايصل الإمام من كشف حاله إلى مايفعله في المفقود ، ولاتنكح امرأته إلا أن يصح موته ، أو تنصُّره إما طائعاً ، أو لايُعلم أطائعاً أو مُكْرهاً ، فيفرق بينهما ، ويوقف ماله ، فإن مات مرتدًا كان للمسلمين ، وإن أسلم كان له ، وإن تنصّر مكرهاً كانت في عصمته وينفق عليها من ماله[٤] .

فصل [١١ ـ فيمن دخل بلاد الحرب هل هو كالمفقود أم لا؟]

قال أصبغ : ومن أَدْرَبَ[٥] في البر إلى بلد الحرب فليس كالمفقود في ضرب

---

(١) "بينة" ليست في أ ، ب .

(٢) "بينتها" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٥٣-٤٥٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٦ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٤٥٦،٤٥٧ ، تهذيب المدونة ص١٠٦ .

(٥) أصل الدَّرْب : المضيق في الجبال ، ومنه قولهم : أَدْرَبَ القوم ، إذا دخلوا أرض العدو من بلاد الروم . انظر : اللسان ، مادة (درب) .

الأجل ، وأما من فُقِدَ إليها في البحر فكالمفقود بعد[1] الكشف والتربص يضرب له الأجل .

وقال أشهب في المُدرِب في البر إلى بلد الحرب كمفقودٍ في بلد الإسلام ، ولاأقوله[2] .

وقال عيسى عن ابن القاسم عن مالك : المفقود على ثلاثة أوجه : فمفقودٌ لايُدرى موضعه ، فهذا يكشف عنه الإمام ، ثم يضرب له بعد الكشف أربع سنين ثم تعتد زوجته أربعة أشهرٍ وعشراً ، وتأخذ جميع الصداق ، ثم تتزوج إن شاءت .

ومفقودٌ في صَفِّ المسلمين في قتال العدو في بلادهم ، فهذا لاتنكح امرأته أبدا ، وتُوقَف هي وماله حتى يأتي[3] عليه من الزمان مالايحيا لمثله .

ـ **قال الشيخ** : وذلك كالأسير ـ .

قال : ومفقودٌ في فتن المسلمين بينهم البين ، فهذا لايضرب له أجل ، وإنما يتلوَّم الإمام لزوجته باجتهاده بقدر انصراف من انصرف ، وانهزام من انهزم ، ثم تعتد وتتزوج[4] .

قال ابن القاسم : وأنا أرى إن كانت الغيبة التي فُقِد فيها بعيدةً من بلده كإفريقية ونحوها ضرب له سنةً ونحوها ، ثم تعتد زوجته ، ويقسم ماله[5] .

قال سحنون : وإذا فقد في مُعترَكٍ بين المسلمين ، وشُهِدَ أنه قُتِلَ ممن حضره ممن لايعدَّل؟ ، قال : فإن ثبت حضوره المعترك بالعدول فله حكم الميت وإن لم يُشهَد بموته،ويقسم ماله وتعتد زوجته من يوم المعترك ،وإن كان إنما رأوه خارجاً مع العسكر ليس في المعترك ، فهو كالمفقود ، ويُضرب له أجل الفقد[6] .

---

(١) في أ ، ب "في" .

(٢) تهذيب الطالب ل٦٣/ب .

(٣) "يأتي" ليست في أ ، ب .

(٤) ويقسم ماله .

انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٨/أ ، النكت والفروق ل٧٩/أ .

(٥)،(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٦٣/أ .

فصل [١٢ ــ فيمن فقد في معارك المسلمين]

قال ابن حبيب[١] : ومن فُقِدَ في معارك المسلمين التي تكون بينهم ، فسواءٌ كانت في بلده أو بائنةً عن بلده فلتتربص زوجته سنةً أو ماقاربها ، ثم تعتد عدة الوفاة ، ثم تحل للأزواج ، ويؤخَّر ميراثه إلى التعمير[٢] .

[قال أصبغ][٣] : إلا أن يكون المعترك في موضعٍ لايظن أحدٌ له بقاء لقُربه وإيضاح أمره ، فلاتتربص زوجته حينئذٍ أكثر من العدة ويقسم ماله[٤] .

قال ابن حبيب : وقيل : إن كانت المعركة في بلده أو قربٍ منها لم تؤمر امرأته بأكثر من العدة ، وقسم ماله ، وإن كانت بائنةً عن بلده تربصت زوجته سنةً ثم حلّت ، وقُسم ماله .

قال ابن حبيب : والأول أحب إلينا[٥] [٦] .

واختلف قول ابن القاسم في كتاب محمد ، هل العدة داخلةٌ في السنة أو بعدها في الذي يضرب له السنة؟[٧]

---

(١) في جميع النسخ "قال أصبغ" ، وهو خطأ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٨/أ .

(٣) من النوادر .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل٣٣٨/أ،ب .

(٥) وهو أنها تتربص سنة ، ثم تعتد عدة الوفاة من غير فرقٍ بين كون المعركة في بلده أو بائنةً عنه كما تقدم .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل٦٣/أ .

(٧) أي على قولين ، قال محمد : قال ابن القاسم : العدة داخلةٌ في السنة ، ثم رجع فقال : بعد السنة عدة الوفاة .
انظر : النوادر والزيادات ل٣٣٨/ب .

[الباب العاشر]
في عدة الوفاة وعدة امرأة الخصي والمجبوب والصبي ، وعدة الصغيرة /

[١٣٩/ب]

[فصل ١ ـــ في عدة الحرة للوفاة]

قال الله تعالى : ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[١] .

وقال عزَّ وجل : ﴿وَأُوْلَاتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٢] فهذه عامَّةٌ لكل معتدة[٣] ، وقيل : إنها نزلت بعد الأولى .

قال مالك : فعلى كل معتدةٍ لوفاة زوجٍ تربُّص أربعة أشهرٍ وعشرٍ إن كانت حرةً مسلمةً أو كتابيةً ، بنى بها أو لم يبن ، صغيرةً كانت أو كبيرةً ، والزوج صغيراً أو كبيراً ، حراً أو عبداً ، مجبوباً أو سليماً .

قال : وإذا عُلم بعد وفاة الزوج بفساد نكاحه ، وأنه مما لايقرَّان عليه ، فلاعدة عليها ولاإحداد ، وعليها ثلاث حِيَض استبراءً إن كان قد بنى بها ، ويلحقه ولدها ، ولاترثه ، ولها الصداق المسمى كله مقدَّمه ومؤخَّره[٤] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

(٢) سورة الطلاق : آية ٤ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٥٩/ب ، أحكام القرآن ١٨٢٦/٤ .

(٤) انظر : المدونة ٤٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٦،١٠٧ .

فصل [٢ ــ في عدة الأمة للوفاة]

قال : وعدة الأمة وأم الولد ومن فيها بقية رقٍ في وفاة زوجها شهران وخمس ليال ، وقاله ابن المسيب[١] وسليمان بن يسار وغيرهما[٢] .

وقال يحيى بن سعيد : إن كانت الأمة لم تحض اعتدت في وفاة زوجها أربعة أشهرٍ وعشراً ، إلا أن تحيض حيضةً قبل شهرين وخمس ليالٍ فذلك يكفيها[٣] .

ومن غير المدونة : قال مالك : وإن كانت الأمة لايوطأ مثلها ، أو لم يبن بها فقد حلّت بتمام الشهرين وخمس ليال[٤] ، وإن كانت يوطأ مثلها ولم تحض ، أو يائسةً من المحيض وقد بني بها رفعت إلى تمام ثلاثة أشهر ، إذ لايبرأ رحمٌ بأقل من ذلك .

قال أشهب : فإن نكحت بعد تمام شهرين وخمس ليالٍ فُسِخَ ولاعقوبة فيه إلا أن تنكح قبل شهرين وخمس ليالٍ في الوفاة ، وقبل شهرٍ ونصف في الطلاق فتُعَاقب[٥] .

وقال أصبغ : إن تزوجت الحرة المستحاضة أو المستبرأة بتأخير الحيض بعد أربعة أشهرٍ وعشرٍ في الوفاة ، وقبل تمام تسعة أشهرٍ لم أفسخ نكاحها ، لأنها اعتدت بما أُمِرَت به ، وقد أبهم الله عزّ وجلّ ذلك[٦] ، وقد عَلِم أن منهن من تحمل وإنما الزيادة استظهار إلا أن يوجد في بطنها حركةٌ فيفسخ إن نكحت قبل زوال ذلك .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ماقالوا في الأمة المتوفى عنها زوجها ، كم تعتد؟ ١٦٣/٤ رقم (١٨٨٨٠) .

(٢) كعطاء بن أبي رباح وابن قسيط والحسن البصري .
انظر : المدونة ٤٣٦/٢ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٤٢٥/٢ .

(٤) "وخمس ليال" ليست في أ ، ب .

(٥) قال ابن المواز : لأنه لايبرأ رحمٌ ولايستبين حملٌ في أقل من ثلاثة أشهر .

(٦) أي في قوله تعالى : ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ . سورة البقرة : آية ٢٣٤ .

قال أشهب : وإن كانت ممن تحيض فأتى للحرة في الأربعة أشهر وعشرٍ ، وللأمة في الشهرين وخمس ليال ـ وقت حيضتها فحاضتها فقد حلّت بتمام العدة ، وإن لم تأتها فهي مسترابة ، فترفع الحرة والأمة إلى التسعة أشهر وتحل .

قال أشهب : إلا أن تحسَّ تحريكاً فتقيم إلى خمس سنين(١) (٢) .

قال مالك : إلا أن تحيض الحرة قبل التسعة أشهرٍ وبعد الأربعة أشهرٍ وعشرٍ أو الأمة بعد شهرين وخمس ليالٍ فتحلّ حينئذ(٣) .

قال أشهب : وإن كانت الحرة أنها تحيض في أكثر من أربعة أشهرٍ وعشرٍ ، أو الأمة في أكثر من ثلاثة أشهر ، فإنهما يحلاَّن بهذه الشهور وإن قَرُبَ وقت حيضتها ، إلا أن ترتاب بحسّ البطن(٤) .

[قال الشيخ] : وهذا كله قد قاله مالكٌ في المختصر(٥) .

وفي باب عدة المستحاضة من معاني هذا الباب ، وفيه عدة المستحاضة في الوفاة(٦) .

فصل [٣ ـ في عدة امرأة الخصي والمجبوب]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وتعتد امرأة الخصي في الطلاق .

قال أشهب : لأنه يصيب ببقية ذَكَرِه ويتحاصنان بذلك .

قال ابن القاسم : وأما المجبوب إن كان لايمسُّ امرأته فلاعدة عليها من طلاقه(٧) .

---

(١) لأنه أكثر مدة الحمل كما تقدم .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٣/أ،ب .

(٣)،(٤) انظر : المصدر نفسه ل٣٤٢/ب .

(٥) أي لابن عبد الحكم .

(٦) وهو الباب الثاني من هذا الكتاب .

(٧) انظر : المدونة ٤٥٧/٢، ٤٥٨ ، تهذيب المدونة ص١٠٦ .

قال ابن أبي زمنين : إذا كان[١] ممسوح العسيب والخُصى فلاعدة عليها من طلاقه ، وهي / داخلةٌ في الآية : ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾[٢] وإن [١٤٠/أ] جاءت بولدٍ لم يُلحق به وحُدَّت ، وإذا بقيت معه أنثياه أو اليسرى ، وبقي معه من عسيبه بعضه فالولد لاحقٌ به إلا أن ينفيه بلعان ، وعليها العدة ، وكذلك فسَّره عبدالملك[٣] .

فصل [٤ ــ في عدة الصغيرة]

ومن المدونة : قال مالك : ومن دخل بزوجته وهي صغيرةٌ لايوطأ مثلها فلاعدة عليها من طلاقه ، وإذا دخل الصبي بزوجته ، ثم بارًا عنه أبٌ أو وصيٌّ فلاعدة على امرأته[٤] ، وقد تقدم هذا[٥] .

---

(١) أي الخصي .

(٢) وهي بتمامها : ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ . سورة الأحزاب : آية ٤٩ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٦٢/ب .

(٤) انظر : المدونة ٤٥٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٦ .

(٥) أي في الباب الثامن من هذا الكتاب ، انظر ص٦٠٦ .

[الباب الحادي عشر]
في مقام المعتدة في بيتها وانتقالها إلى غيره

قال الله سبحانه : ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾[١] يقول عز وجل : في العدة ، وقوله : ﴿إِلَّآ أَن يَأْتِينَ بِفَٰحِشَةٍ مُّبَيِّنَةٍ﴾[٢] ، قال وَكِيع[٣] : هو أن تبدو على أهل الزوج .

وقال غيره : ذلك أن ترتكب فاحشةً أو حدًّا تخرج إليه .

وقال آخرون : خروجها هي تلك الفاحشة[٤] .

وقال الرسول عليه الصلاة والسلام للفُرَيْعَة بنت مالك[٥] حين قُتل زوجها : "امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله"[٦] ، وقضى به عثمان بن عفان رضي الله عنه[٧] ، وكان ابن عمر وعائشة رضي الله عنهما يشددان في ذلك ، وينهَيَان أن

---

(١)،(٢) سورة الطلاق : آية ١ .

(٣) هو أبو سفيان وكيع بن الجراح بن مليح الرؤاسي الكوفي ، الإمام ، الحافظ ، محدث العراق ، أحد الأعلام ، كان ثقةً كثير الحديث ، روى عن الأعمش وأقرانه ، توفي بفيد سنة ١٩٧هـ راجعاً من الحج .
انظر : الطبقات ٣٦٥/٦ ، سير أعلام النبلاء ٨٧/٨ ، شذرات الذهب ٣٤٩/١ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل٦٥/ب .

(٥) هي الفريعة بنت مالك بن سنان الخدرية ، أخت أبي سعيد الخدري ، شهدت بيعة الرضوان .
انظر : الطبقات ٢٧٢/٨ ، الاستيعاب مع الإصابة ٣٧٥/٤ .

(٦) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب في المتوفى عنها تنتقل ٧٢٣/٢ رقم (٢٣٠٠) ، والترمذي ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها ٥٠٨/٣ رقم (١٢٠٤) والنسائي ، كتاب الطلاق ، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ١٤٤/٦ رقم (٣٥٢٨) ، ومالك ، كتاب الطلاق ، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ٤٦١/٢ رقم (٨٧) ، وابن حبان ، كتاب الطلاق ، باب العدة ٢٤٧/٦ رقم (٤٢٧٨) وصححه ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢٢٦/٢، ٢٢٧ رقم (٢٨٣٣) وصححه ، ووافقه الذهبي وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح .

(٧) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ٤٦٢/٢ رقم (٨٧) .

تخرج أو تبيت معتدةٌ في غير بيتها إلا لعذر[١] .

وقد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قَيس حين قتل زوجها أن تنتقل إلى بيت ابن أمّ مَكتُوم[٢] ، وقالت عائشة رضي الله عنها : وكانت فاطمة تبيت[٣] في مكانٍ وَحْشٍ يُخاف عليها فيه ، فلذلك أرخص لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنتقل[٤] .

وقد انتقلت عائشة بأختها أمّ كَلثوم[٥] حين قتل زوجها طَلحَة من المدينة إلى مكة خوفاً عليها من فتنة المدينة بعد قتل عثمان رضي الله عنهم أجمعين[٦] .

قال مالك : فتعتد المرأة في الطلاق والوفاة في بيتها ولاتنتقل منه إلا لضررٍ لاقرار معه من خوف سقوطه ، أو خوف لصوص بقريةٍ لامسلمين فيها ونحوه ، وإن كانت في مدينةٍ فلاتنتقل لضرر جوارٍ ولترفع ذلك إلى الإمام ، وإذا انتقلت لعذرٍ إلى منزلٍ ثانٍ أو ثالثٍ[٧] لزمها المقام حيث انتقلت حتى تنقضي عدتها ، والكِرَاءُ في ذلك كله للمطلقة على الزوج ، وإن انتقلت لغير عذرٍ ردَّها الإمام

---

(١) أخرجه مالك أيضا ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه ٥٣/٢ ٤ رقم (٦٣،٦٤) .

(٢) هو عمرو بن قيس بن زائدة بن الأصم بن رواحة القرشي العامري ، ويقال : اسمه عبد الله ، وعمرو أكثر ، أسلم قديماً بمكة ، وكان من المهاجرين الأولين ، وكان ضريراً مؤذناً لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان النبي صلى الله عليه وسلم يستخلفه على المدينة فيصلي ببقايا الناس ، شهد القادسية ورجع إلى المدينة ومات بها .
انظر : الإصابة ٥١٦/٢ ؛ سير أعلام النبلاء ٢٢٤/٣ ،

(٣) "تبيت" ليست في أ ، ب .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب قصة فاطمة بنت قيس ١٨٤/٦ .

(٥) هي أم كلثوم بنت أبي بكر الصديق ، تابعية ، مات أبوها وهي حملٌ فوضِعَت بعد وفاة أبيها ، تزوجها طلحة بن عبيد الله ، وقتل عنها يوم الجمل .
انظر : الطبقات ٣٣٧/٨ ، الإصابة ٤٦٩/٤ .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب من رخص للمتوفى عنها زوجها أن تخرج ١٦١/٤ رقم (١٨٨٦٧) .

(٧) "ثالث" ليست في أ .

بالقضاء إلى بيتها حتى تتم عدتها ، ولاكِرَاء لها فيما أقامت في[1] غيره[2] .

وذكر لنا عن أبي بكر بن عبد الرحمن : إنما قال : لاكراء لها فيما أقامت في غيره ، وفرق بينها وبين إذا هربت من زوجها أن لها النفقة ، لأن السكنى حقٌ لها فتركته وسكنت في موضعٍ آخر ؛ فأما التي هربت من زوجها فقد كان له أن يرفعها إلى الحاكم فيردها إلى بيتها ، فحكم النفقة قائمٌ عليه ، ولو كان لايعلم أين هربت أو تعذَّر عليه رفعها ونحو هذا من الأعذار فلاشئ عليه من النفقة[3] .

قال الشيخ : وقد تقدم الاختلاف في النفقة على الناشز فأغنى عن إعادته[4].

ولربِّ الدار إخراجها منها في عدتها إذا انقضى أجل الكراء ، وإذا انهدم المسكن فدعت / المرأة إلى سكنى موضعٍ ودعا الزوج إلى غيره فذلك لها إلا أن [١٤٠/ب] تدعوه إلى مايضرُّ به لكثرة كراءٍ أو سكنى فتُمنع[5] .

قال الشيخ : يعني بقوله : أو سكنى ، مثل أن يسكن بموضعٍ يبعُد منه ، أو بموضعٍ فيه قوم سوءٍ ونحو ذلك ، لأن له التحفظ لِنَسَبِه في مثل هذا .

ولو أسقطت عنه الكراء سكنت حيث شاءت[6] - يريد : حيث يُعرف أنها معتدة ، وموضعُ لايخفى عنه خبرها لاحتفاظه على نسبه[7] - .

وإذا هلك الأمير عن امرأة ، أو طلقها وهي في دار الإمارة ، فلايخرجها الأمير القادم من دارها حتى تنقضي عدتها ، ودار الإمارة وغيرها في هذا سواء ، وكذلك قال مالكٌ فيمن حُبِسَت عليه دار ، وعلى آخر بعده فهلك الأول وترك زوجته : أنه لايخرجها من صارت إليه الدار حتى تتم عدتها[8] .

---

(١) "في" ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٥٨،٤٥٩ ، تهذيب المدونة ص١٠٧ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل٦٥/ب ؛ ٦٦/أ .

(٤) انظر ص٥٢٤ .

(٥)،(٦) انظر : المدونة ٢/٤٥٩،٤٦٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٧ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل٦٦/أ .

(٨) انظر : المدونة ٢/٤٦٠،٤٦١ ، تهذيب المدونة ص١٠٧ .

ابن المواز : ولو تأخرت حتى تنقضي الريبة ولو إلى خمس سنين ، لأن العدة من أسباب أمر الميت ، وهذا بخلاف سنين معلومة ، ويُسكنها إياها فإذا انقضت قبل تمام عدتها فلربِّ الدار إخراجها[١] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن بنى بزوجته الصغيرة ومثلها يُجَامَع ، ثم طلقها ، أو مات عنها ، فليس لأبويها أن ينقلاها إليهما في العدة ، ولتعتد حيث كانت تسكن يوم مات الزوج أو طلق ، ولو خرج أبواها إلى الحج أو لسكنى بلدٍ آخر ، فلايخرجاها حتى تتم العدة ، إلا البدوية فإن مالكاً قال فيها وحدها : إنها تَنْتَوِي[٢] مع أهلها حيث انتَوَوا لاحيث انتوى أهل الزوج ، وتُتم هناك بقية العدة ، وقاله عروة بن الزبير[٣] وربيعة بن عبد الرحمن .

وقال يحيى بن عمر : يريد بالبدوية أنهم أهل الخُصُوص .

قال ابن وهب : قال مالك : وإن كانت في قرارٍ فانتوى أهلها لم تنتوِ معهم وإن تبدَّا زوجها فمات فإنها ترجع ، ولاتقيم تعتد في البادية .

قال ابن القاسم : وتعتد الأمة في الموت والطلاق حيث كانت تبيت ، فإذا انتجع سيدها إلى بلدٍ آخر كان له أن يخرجها معه ، فتتم بقية عدتها في الموضع الذي انتقل إليه كالبدوية[٤] .

قال حَمْدِيس : هذا خلاف ماروي عن مالكٍ في أول الكتاب أنه لايجوز بيعها إلا ممن لايخرجها في العدة ، وإذا لم يجز ذلك لمشتريها فلبائعها أولى[٥] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٧/ب .

(٢) أي تنتقل وتتحوّل ، فالنَّوى : هو التحول من مكانٍ إلى مكانٍ آخر ، أو من دارٍ إلى دارٍ غيرها كما تنتوي الأعراب في باديتها ، يقال : انتوى القوم إذاانتقلوا من بلدٍ إلى بلد . انظر : اللسان مادة (نَوَى) .

(٣) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ٤٦٢/٢ رقم (٨٩) . وقال : وهذا الأمر عندنا .

(٤) انظر : المدونة ٤٦٢،٤٦١/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٧ .

(٥) قال عبد الحق : ولايلزم هذا الذي قال حمديس ، لأن السيد يستطيع إذا باعها أن يبيعها بشرط أن يتركها المشتري إلى تمام العدة .
انظر : تهذيب الطالب ل٦٥/ب .

قال ابن المواز : قال ابن القاسم : فإن كانت الأمة منقطعةً إلى زوجها وليست ممن تأتيه من الليل إلى الليل فانتقل أهلها فلاتنتقل معهم حتى تتم عدتها[(١)].

ومن المدونة : وتجبر الذمية في العدة من مسلم على العدة في بيتها ولاتنتقل منه حتى تنقضي عدتها ، وهي في كل شيءٍ من أمرها في العدة والإحداد مثل الحرة المسلمة .

ولاتبيت معتدةٌ من وفاةٍ أو طلاقٍ بائنٍ أو غير بائنٍ إلا في بيتها الذي كانت تسكنه ، ولها التصرف نهاراً والخروج سَحَرًا قُرْب الفجر ، وترجع مابينها وبين العشاء الآخرة ، وقاله ابن عمر[(٢)] ، وقال : إنها تخرج إلى المسجد ، ولأكثر مُؤَنِهَا ، ولاتبيت إلا في بيتها .

وقال الرسول عليه الصلاة والسلام للمعتدات المتجاورات في دار : "تحدَّثْنَ عند إحداكن مابدًا لكن ، فإذا أردتن النوم فلتأت كل امرأةٍ إلى بيتها"[(٣)] [(٤)] .

ابن المواز : يعني والله أعلم أن يقمن إلى وقت ينام الناس[(٥)] .

ومن المدونـــة : قال مالك : والمطلقة واحدةً أو اثنتين لاإذن لزوجها في خروجها من بيتها حتى يراجعها .

قال ابن القاسم : ولايسافر بها حتى يراجعها .

قال / مالك : ولاتحجُّ في عدتها من وفاةٍ أو طلاقٍ حَجَّة الفريضة حتى تتم [١٤١/أ] عدتها ، وتبيت المعتدة في دارها حيث كانت تبيت قبل ذلك في مشْتَاها ومصِيفِها ،

---

(١) قال أصبغ : إذا كان انقطاع سكنى عنده ومعه .
انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٩/أ .

(٢) فقد جاءته امرأة السائب بن خبَّاب وذكرت له وفاة زوجها ، وذكرت لـه حرثـًا لهم بقناة ، وسألته هل يصلح لها أن تبيت فيه؟ فنهاها رضي الله عنه عن ذلك ، فكانت تخرج من المدينة سَحَرًا ، فتصبح في حرثهم ، فتظل فيه يومها ، ثم تدخل المدينة إذا أمست فتبيت في بيتها .
أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ٤٦٢/٢ رقم (٨٨) .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب أين تعتد المتوفى عنها ٧ /٣٦ رقم (١٢٠٧٧) ، والبيهقي ، كتاب العدد ، باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها ٧١٧/٧ رقم (١٥٥١٢) عن مجاهد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهو ضعيف بسبب إرسال مجاهد .

(٤) انظر : المدونة ٤٦٢/٢-٤٦٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٧ .

(٥) النوادر والزيادات ل٣٤٨/أ .

ولو كان في الدار بيوتٌ في إحداها متاعها وسكناها فلتعتد فيه ، وتبيت من بيتها هذا واسطوانها وساحة حجرتها حيث شاءت ، وإن كان في الدار مقَاصِير[١] فلاتبيت إلا في مَقْصُورَتِها .

قال مالك : وإذا كانت المطلقة ثلاثاً أو واحدةً ليس لها ولالزوجها إلا بيتٌ واحدٌ يكونان فيه فليخرج عنها ولايقيم معها في حجرة .

قال : ولابأس أن تنتقل في أحد البيوت الجامعة ، يكون هو في بيتٍ وهي في بيت ، ولايدخل عليها فيما فيه الرجعة حتى يراجعها .

وإذا خرجت امرأةٌ مع زوجها في زيارةٍ أو إلى الحصَاد أو إلى السواحل والرِّبَاط[٢] لإقامة الأشهر والرجوع ، أو إلى حاجةٍ من قبض دينٍ أو نحوه ، ولايريد انتقالاً فمات زوجها في الطريق ، فلترجع إلى بيتها تعتد فيه ، قرُبت أو بعُدت ، أو قد وصلت ، ولاترجع إذا بعُدت إلا مع ثقة ، وإلا قَعَدت حتى تجد ثقة ، وإن خرج بها على رفض سكنى لموضعه اعتدت بموضعٍ نقلها إليه ، وإن مات في الطريق وهي أقرب إلى الموضع الأول أو الثاني فلها المصير إلى أيهما شاءت إن كان قريباً ، وإن كان بعيداً فلاتمضِ إلا مع ثقة ، ولها المقام بموضع موته ، أو تعدل إلى حيث شاءت فتتم هناك عدتها ، لأنه مات ، ولاقرار لها لرفض قراره ، ولم تصل بعد إلى قرار ، وكذلك هذا في الطلاق البائن وغيره ، وهي كمعتدةٍ أخرجها أهل الدار فلها أن تعتد حيث أحبت ، أو بمنزلة رجلٍ خرج من منزلٍ كان فيه بكِرَاء ، فنقل المرأة إلى أهلها فتكارى منزلاً يسكنه ، فلم يسكنه حتى مات ، فلها أن تعتد حيث شاءت .

---

(١) مقاصِير جمع مقصورة : وهي الدار الواسعة المحصَّنة ، وقيل : هي أصغر من الدار . انظر : اللسان ، مادة (قَصَرَ) .

(٢) الرِّبَاط : هو ملازمة ثغر العدو ، وأصله أن يربط كل واحدٍ من الفريقين خيله ، ثم صار لزوم الثغر رِبَاطًا . انظر : اللسان ، مادة (رَبَطَ) .

وإذا مات زوجها في مخرجها إلى الحج ، وقد سارت اليومين والثلاثة وماقرُب ، وهي تجد ثقةً ترجع معه ، فلترجع ، وترجع من مَلَل[1] وذي الحُلَيفَة[2] إلى المدينة ، وقد ردَّهن عمر رضي الله عنه من البَيْدَاء[3][4] .

ولايفسخ كراءُ كريها ، ولتكرَ الإبل في مثل ماأُكرِيَت .

ولو أبعدت كإفريقية من الأندلس ، والمدينة من مصر نفذت ، وقاله ابن عمر[5][6] .

ابن المواز : بخلاف غير الحج فإنها ترجع فيه وإن بعُدت إن وجدت ثقة ، وكان يبقى لها بعد الرجوع بقية[7] .

قال أبو بكر بن عبد الرحمن : وكذلك في خروجها لحج غير الفريضة ترجع وإن بعدت كخروجها إلى الرباط ونحوه ، وإنما لاترجع إذا أبعدت في حجّة الفريضة[8] .

---

(١) مَلَل : موضعٌ على طريق المدينة إلى مكة على ثمانية عشر ميلاً من المدينة .
انظر : معجم البلدان ١٩٤/٥ .

(٢) ذو الحليفة : هو الميقات الذي وقّته النبي صلى الله عليه وسلم لأهل المدينة وهو قريبٌ منها ، ويسمى أبيار علي .

(٣) البيداء : أرضٌ مَلسَاء بين مكة والمدينة وهي إلى مكة أقرب ، تُعدُّ من الشَّرَف أمام ذي الحليفة.
انظر : المصدر نفسه ٥٢٣/١ .

(٤) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ٤٦٢/٢ رقم (٨٨) .

(٥) وهو أنها إن بعُدت لاترجع ، وأثر ابن عمر رواه ابن وهب عن ابن لهيعة عن عمران بن سليم قال : حجّت معنا امرأةٌ توفي عنها زوجها قبل أن توفي عدتها فلما قدمت المدينة انطلقت إلى عبد الله بن عمر فقالت له : إني حججت قبل أن أقضي عدتي؟ فقال لها : لولا أنك بلغت هذا المكان لأمرتك أن ترجعي .
المدونة ٤٦٩/٢ .

(٦) انظر : المصدر نفسه ٤٦٤/٢-٤٧٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٧ .

(٧) أي من عدتها ، النوادر والزيادات ل٣٤٨/ب ، وسيأتي ذكر ذلك من المدونة قريباً .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل٦٦/أ .

وذكر عن أبي عمران في الذي يسافر بزوجته ثم طلقها فيلزمها الرجوع إلى بيتها قال : عليه الكراء في رجوعها ، لأنها إنما رجعت من أجله ، وحُبِست له ، فذلك بمنزلة مايجب لها من السكنى عليه[1] .

ومن المدونة : قال : وأما إذا أحرمت فلتنفذ قَرُبت أو بعُدت ، ثم إن رجعت في بقية العدة اعتدت في بيتها ، وكل من أمرتها بالرجوع إلى بيتها فكانت لاتصل حتى تنقضي عدتها فلاترجع ، ولتقم بموضعها أو حيث شاءت إلا أن تعلم في التقدير أنها يبقى من عدتها بقيةٌ بعد وصولها ، فلترجع ، وكذلك هذا كله في الطلاق البائن وغيره[2] .

---

(١) المصدر نفسه ل٦٧/أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٧٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٧ .

[الباب الثاني عشر]
في سكنى المعتدات ونفقة المطلقات

[فصل ١ ــ في سكنى ونفقة المطلقات]

وأوجب الله سبحانه السكنى لكل مطلقة بقوله عز وجل : ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾[١] / وقوله عز وجل : ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾[٢] ، [١٤١/ب]
ولأن السكنى لحرمة النسب ، ولوجوب حفظه ، فلاتزول بالبينونة ، كما قال ابن أبي ليلى[٣] [٤] ، وتُفارق النفقة[٥] لأنها عِوضٌ من الاستمتاع ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في المبتوتة : "لانفقة لها"[٦] .

فأما ذوات الحمل فلهن النفقة ، كان الطلاق ثلاثاً أو واحدة ، لقوله عزّ وجل : ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٧] [٨] .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك في المبتوتة : إذا أنفق عليها بغير قضيةٍ وقد ادعت الحمل ثم بطل الحمل لم يرجع عليها إذا أنفق عليها[٩] بدعواها أو بقول القَوابل ، وإن أنفق بقضيةٍ رجع عليها .

---

(١) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٢) سورة الطلاق : آية ١ .

(٣) هو أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الأنصاري العلامة ، الإمام ، قاضي الكوفة ومفتيها ، سمع الشعبيّ وطبقته ، كان نظيراً للإمام أبي حنيفة في الفقه ، توفي بالكوفة سنة ١٤٨هـ .
انظر : الطبقات ٣٤١/٦ ، سير أعلام النبلاء ٤٧٦/٦ ، شذرات الذهب ٢٢٤/١ .

(٤) انظر : المعونة ٩٣٣/٢ .

(٥) أي في أنها لاتجب للبائن .

(٦) وهو حديث فاطمة بنت قيس ، وقد سبق تخريجه ص٤٧٨ .

(٧) سورة الطلاق : آية ٦ .

(٨) انظر : المصدر نفسه ٩٣٣،٩٣٢/٢ ، تهذيب الطالب ل٦٥/ب .

(٩) "عليها" ليست في أ ، ب .

ـ **قال الشيخ** : لأنه انكشف أن ماقضي به غير حق ـ .

وقال عبد الملك : إن أنفق بغير قضاء فله أن يرجع ، ورواه عن[1] مالك .

قال في كتاب النكاح : وإن أنفق[2] بحكم لم يرجع بشئ عليها .

قال محمد : وأحب إلي أن يرجع عليها في الوجهين إن تبين ذلك بإقرار منها أو بغير إقرار[3] .

قال مالك : والغائب إذا طلق ثم أنفقت من ماله لم يرجع عليها بشئ ، بخلاف الموت ، لأن الحي فرّط .

ولو قدم عليها رجل واحد وشهد بطلاقه فأعلمها ، أو رجل وامرأتان فليس ذلك بشئ حتى يشهد عندها من يحكم به السلطان في الطلاق[4] .

وفي منتخب الأحكام[5] : لابن القاسم سماع يحيى قال في المطلقة المبتوتة وهي حامل تطلب الكسوة : إنها إن كانت في أول الحمل فذلك لها ، وإن كان لم يبق من أجل الحمل إلا ثلاثة أشهر أو[6] نحوها قوم ماكان يصير لها لتلك الشهور من الكسوة لو اكتست في أول الحمل ثم أعطيت تلك القيمة دراهم[7] .

ومن المدونة : قال مالك : فكل مطلقة لها السكنى ، وكل بائنة بطلاق أو ببتات أو بخلع أو بمباراة أو بلعان ونحوه فلها السكنى ، ولانفقة لها ولاكسوة إلا في الحمل البين ، فذلك لها ماأقامت حاملاً ، إلا الملاعنة فإنها لانفقة لها في حملها ، لأن مافي بطنها لايلحق بالزوج[8] .

---

(١) "عن" ليست في أ .

(٢) في أ ، ب زيادة "بغير" .

(٣) النوادر والزيادات ل٣٤٩/أ .

(٤) تهذيب الطالب ل ٦٦/أ .

(٥) لابن أبي زمنين .

(٦) في أ ، ب "واو" بدل "أو" .

(٧) المصدر نفسه ل٦٦/أ .

(٨) انظر : المدونة ٤٧٤،٤٧١/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٧ .

قال عيسى في كتاب ابن مُزَيْن[١] : وإذا بلغ الإمام من معتدة ٍأنها تبيت في غير بيتها في عدتها فليُعَلمها بما جاء في ذلك[٢] ، ويأمرها بالكفِّ عن ذلك ، فإن أبت إلا ذلك أدّبها على ذلك وأجبرها عليه[٣] .

قال أبو بكر الأبهَري : وإذا توفي عنها زوجها في دارٍ فيها بيوتٌ كثيرةٌ فلاتَصِيفُ إلا حيث كانت تَصِيفُ قبل موته ، هذا هو الاختيار ، فإن خرجت من بيتٍ إلى بيت ، أو إلى قاعة الدار فلابأس بذلك إذا كانت الدار غير مشتركة ، فأما المشتركة المسكونة فلايجوز لها أن تبيت في غير بيتها[٤] .

ابن المواز : قال مالك : والكسوة : الدِّرعُ[٥] والخِمَار والإِزَار ، وليس الجُبَّةُ عندنا من الكسوة .

قال ابن القاسم : ونحن نقضي هاهنا بالجُبَّة ، وكذلك في العتبية[٦] .

قال فيها يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في المبتوتة الحامل تطلب الكسوة : فإن طلقها في أول الحمل فذلك لها ، وإن كان في آخره وقد بقي منه شهران أو ثلاثة قُوِّم لها مايصير لتلك الأشهر من الكسوة لو اكتسبت من أول الحمل ، فتعطاه دراهم[٧] .

---

(١) هو القاضي أبو زكريا يحيى بن زكريا بن مُزين القرطبي وأصله من طُليطِلَة ، مولى رملة بنت عثمان بن عفان رضي الله عنه ، العالم الحافظ الفقيه ، له تآليف حِسَان منها : تفسير الموطأ ، وكتاب تسمية رجال الموطأ ، وكتاب عِلَل حديث الموطأ ، وكتاب فضائل القرآن ، توفي سنة ٢٥٩هـ .

انظر : ترتيب المدارك ١٣٢/٢ ، الديباج ٣٦١/٢ ، شجرة النور ص٧٥ .

(٢) أي في إيجاب سكنى المعتدة في بيتها من النصوص في الكتاب والسنة .

(٣)،(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٥/ب .

(٥) درع المرأة هو قميصها الأعلى أو ثوبها الأعلى . غريب ألفاظ المدونة ص١٦ .

(٦) أي بأن الكسوة يراد بها ماذكر دون الجبة . انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٦٢/٥

(٧) قال : ولم تكس ، لأنها إن كسيت انقضى الحمل وانقطعت نفقتها وكسوتها .

انظر : المصدر نفسه ٤٣٩/٥،٤٤٠ .

قال مالك : وإذا طلق امرأته وهي حاملٌ مرضعٌ فعليه نفقة الحمل ونفقة الرضاع جميعاً[١] ، وكذلك في كتاب ابن المواز[٢] .

[فصل ٢ ـ في سكنى ونفقة المطلقة الرجعية والكتابية والصغيرة]

ومن المدونة : وكل طلاقٍ فيه رجعةٌ فلها النفقة والكسوة والسكنى حتى تنقضي عدتها ، كانت حاملاً أو غير حامل .

ـ **قال الشيخ** : لثبوت أحكام الزوجية عليها ، وكذلك امرأة المُولي إذا فرّق بينهما ، لأن فرقة الإمام فيها غير بائنة ، وهما يتوارثان ما لم تنقض العدة ـ .

قال : / وتجب السكنى في فسخ النكاح الفاسد وذات محرمٍ بقرابةٍ أو رضاعٍ [١٤٢/أ] كانت حاملاً أم لا ، لأنه نكاحٌ يلحق فيه الولد ، وتعتد فيه حيث كانت تسكن ، ولانفقة عليه ولاكسوة ، إلا أن تكون حاملاً فذلك عليه .

قال : وللكتابية الحرة على الزوج المسلم من السكنى والنفقة إذا طلقها ماللمسلمة .

قلت : فمن دخل بصبيةٍ يجامَع مثلها فجامعها أو لم يجامعها فطلقها ألبتة هل لها السكنى؟

فقال : إذا لزمت الجارية العدة لمكان الخلوة بها فلها السكنى .

قال مالك : وإن خلا بها في بيت أهلها فطلقها ، ثم قال : لم أطأ ، فصدقته أو كذبته فالقول قوله في طرح السكنى ، كما أقبله في [طرح][٣] نصف الصداق ، وعليها العدة لهذه الخلوة ، وإنما تلزم الزوج السكنى إذا لزمه الصداق كاملاً بحيث يجب جميع الصداق تجب السكنى ، إلا أنه إن لم يعلم له بها خلوةٌ فلاعدة عليها في طلاقٍ وإن ادعى المسيس .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٥/٣٨٠،٣٨١ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٩/أ،ب .

(٣) من تهذيب المدونة مصححاً .

قال : وإن دخل بها وهي لايجامَع مثلها لصغرٍ فلاعدة عليها ولاسكنى لها في الطلاق ، وليس لها إلا نصف الصداق ، وعليها في الوفاة العدة ولها السكنى إن كان ضمَّها إليه والمنزل لـه ، أو قد نَقَدَ كِرَاءه ، وإن لم يكن نقلها فلتعتد عند أهلها[(١)] .

قال أبو بكر بن عبد الرحمن : فإن كان إنما أخذها ليكفلها ثم مات لم يكن لها سكنى ، وأظنُّ ابن المواز ذكره ، وهو بيِّنٌ فاعلمه[(٢)] .

وكذلك الكبيرة يموت عندها زوجها قبل البناء وهي في مسكنها فلتعتد فيه ، ولاسكنى لها عليه ، إلا أن يكون أسكنها داراً ، أو اكتراها ونَقَدَ الكراء ، فتكون أحق بذلك المسكن حتى تنقضي عدتها[(٣)] .

[فصل ٣ ــ في سكنى الأمة المطلقة]

ومن المدونة : إذا عتقت الأمة تحت عبدٍ فاختارت نفسها ، أو لم تعتق فطلقها طلاقاً بائناً فإن كانت بُوِّئت مع زوجها بيتاً فلها السكنى عليه مادامت في عدتها ، وإن لم تُبَوَّأ معه فلتعتد عند سيدها ، وكذلك إن أخرجها سيدها في العدة فسكنت في موضعٍ آخر ، فلاشيء على زوجها إذا لم تكن تبيت عنده ، ويجبر سيدها على ردها حتى تنقضي عدتها ، إلا أن ينقلها من البلد وإن باعها بشرط أن لايخرجها حتى تنقضي عدتها[(٤)] .

وقال حَمديس : وإذا انتجع سيدها إلى بلدٍ آخر كان له أن يخرجها معه كالبدوية ، وهذا خلاف ماروي عن مالك : أنه لايجوز بيعها إلا لمن لايخرجها في العدة ، وإذا لم يجز ذلك لمشتريها فبائعها أولى[(٥)] .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٧١،٤٧٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٧،١٠٨ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٦/ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٧٢،٤٧٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٤٧٧ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

(٥) تهذيب الطالب ل ٦٥/ب .

قال الشيخ : وهذا لايلزم ابن القاسم ، لأن بائعها لايخرجها إلا أن يضطر إلى الخروج بها ، وليس هو مضطراً في بيعها أن يبيعها ممن يخرجها وهو يجد من لايخرجها ، لأن المشترين كثير ، ولو اضطر المشتري بعد شرائها إلى الخروج لأمرٍ حدث غير مختارٍ لذلك لرأيت له أن يخرج بها معه كسيدها والله أعلم[١] .

قال أبو عمران في الأمة إذا بُوِّئَتْ مع زوجها بيتاً[٢] : فليس لأهلها أن ينقلوها[٣] ، وهو لمحمد[٤] ، قال : ولم يذكر فيه اختلافا ، وأشار إلى أنه ليس بخلافٍ لما في المدونة[٥][٦] .

ومن المدونة : قلت : فلو انهدم السكن فتحولت إلى موضعٍ آخر بكراء ، أو أعتق العبد في العدة هل عليه شيءٌ من السكنى؟

قال : لاسكنى عليه إذا لم تبوَّأ معه بيتاً ، وإنما يلزم الزوج ماكان يلزمه حين طلقها ، فما حدث بعد ذلك لم يلزم الزوج منه شيء[٧] .

قال الشيخ : فإن قيل : هلاَّ جعل عليه السكنى إذا عتق كما قال في نفقة الحمل إذا عتق ثم عتقت الأمة ، أو كانت حرةً أنه ينفق من يومئذ ، وقد ذُكِر عن ابن الكاتب أنه قال : عليه / السكنى من يوم عتق[٨] ؟ [١٤٢/ب]

قال الشيخ : يحتمل عندي إنما لم يكن عليه السكنى لحق السيد في كونها عنده ، ولو عتقا جميعًا لكان عليه السكنى لزوال حق السيد ، وكما تلزمه النفقة في الحمل إذا عتقا . والله أعلم .

---

(١) المصدر نفسه ل ٦٥/ب .
(٢) "بيتا" ليست في أ ، ب .
(٣) أي حتى تتم عدتها .
(٤) انظر : النوادر والزيادات ٣٤٩/أ .
(٥) انظر : المدونة ٤٧٧/٢ .
(٦) تهذيب الطالب ل ٦٥/ب .
(٧) انظر : المدونة ٤٧٧/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .
(٨) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٧/أ .

[فصل ٤ ــ في نفقة الأمة الحامل]

ومن المدونة : قال : وليس للأمة الحامل[١] نفقةٌ على زوجها إذا طلقها ألبتة إذ الولد رقٌ لغيره ،كان الزوج حرًا أو عبداً ، وكذلك حرةٌ طلقها عبدٌ ألبتة وهي حامل ، فلانفقة لها إلا أن يعتق العبد قبل وضعها فينفق على الحرة من يومئذ ، وإن كانت أمةً فلا ، إلا أن تعتق هي أيضًا بعد عتقه فينفق عليها في حملها ، لأن الولد ولده[٢] .

فصل [٥ ــ في سكنى ونفقة المتوفى عنها زوجها]

قال : وليس للمتوفى عنها زوجها نفقةٌ في عدتها وإن كانت حاملاً ، ولها السكنى في العدة إن كانت الدار للميت أو بكِرَاءٍ وقد نَقَدَه[٣] .

وقال أبو حنيفة : لاسكنى للمتوفى عنها زوجها[٤] ، ودليلنا : قوله صلى الله عليه وسلم للفُرَيعَة حين قتل زوجها : "امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله"[٥] ولأن ذلك يتلعق بحق الله عز وجل ، وحق الميت ، وحق النسب فأشبه الكَفَن[٦] .

ومن المدونة : قال مالك : وهي أحق بسكن دار الميت من غرمائه[٧] ، وتباع للغرماء وتشترط سكناها على المشتري[٨] .

---

(١) "الحامل" ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٧٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٧٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

(٤) انظر : مختصر الطحاوي ص٢٢٦ .

(٥) سبق تخريجه ص٦٣١ .

(٦) انظر : المعونة ٢/٩٣٤ .

(٧) أي إن كان على الميت دين .

(٨) انظر : المدونة ٢/٤٧٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

قال ابن المواز : قال مالك : فإن ارتابت فهي أحق بالمقام حتى تنقضي الريبة وتحل[١] ، وأحب إلينا أن يرجع المشتري على البائع ، فإن شاء فسخ بيعه وأخذ الثمن ، وإن شاء تمسك بغير شيءٍ يرجع به ، لأن البيع إنما[٢] وقع على استثناء العدة المعروفة أربعة أشهرٍ وعشراً ، ولو وقع بشرط زوال الريبة كان فاسداً .

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية : أنه لاحجة للمبتاع[٣] .

قال سحنون : ولو تمادت الريبة إلى خمس سنين فلاحجة للمبتاع ، لأنه قد علم أن أقصى العدة خمس سنين ، فكأنه دخل على علم[٤] .

ولابن عبد الحكم : أن بيع الدار وشرط سكنى[٥] المرأة في عدتها غررٌ لايجوز عنده ، لجواز أن تستريب المرأة[٦] .

ومن المدونة : قال مالك : وهي أحق من الغرماء بما نقد كراءه ، وإن كانت الدار بكراءٍ ولم ينقد الزوج الكراء وهو موسرٌ فلاسكنى لها في ماله ، وتؤدي الكراء من مالها ، ولاتخرج إلا أن يخرجها رب الدار ، ويطلب من الكراء مالايُشبه[٧] .

قال الشيخ : يريد : إذا كان مدة كراء الميت قد انقضت .

وقال بعض القرويين : معنى هذه المسألة :أنه أكرى كل سنةٍ بكذا ، ودليله قوله : إذا لم ينقد الكراء فتغرم المرأة الكراء إلا أن يطلب منها صاحب المسكن مالايشبه ، فشرطه إلا أن يطلب مالايشبه يدل على ماقلناه أنه لم يكر سنةً بعينها ، ولذلك فرق بين أن ينقد وبين ألاَّ ينقد ، ولو كانت سنةً بعينها فلاوجه للتفريق بين ذلك ، لأن عقد الكراء قد لزم ووجب على الميت في تركته[٨] .

---

(١) "وتحل" ليست في أ ، ب .

(٢) "إنما" ليست في أ ، ب .

(٣) وإنما هي مصيبة نزلت به ، انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٤٧٤ .

(٤) النوادر والزيادات ٣٤٧/ب .

(٥) "سكنى" ليست في أ ، ب .

(٦) تهذيب الطالب ل ٦٦/ب .

(٧) انظر : المدونة ٢/٤٧٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

(٨) انظر : النكت والفروق ل٧٨/ب .

وهذا التأويل خلاف النص .

وذكر غيره من القرويين : أن أبا قُرَّة[1] روى عن مالك أنه فرَّق بين أن يكري في السنة بكذا أو يكري سنةً بعينها ، فهذا يؤيد ماتقدم أنه إنما يراعي النقد إذا لم ينقد على سنةٍ بعينها ، لأنه إذا نقد صارت كالمعينة ، وإذا لم ينقد فالكراء غير منعقدٍ لأن لما شاء الفسخ فسخ ، وأما إذا عقد سنةً بعينها فسواءٌ نَقَدَ أم لا ، لأن الكراء منعقدٌ بينهما وقد لزم ذلك ذمته ؛ وهذا خلاف مافي كتاب ابن المواز وغيره من أنه إن أكرى سنةً بعينها لاتكون المرأة أحق بها إلا أن يكون الميت قد نقد الكراء ، وهذا التأويل خلاف النص[2] .

وقد قال مالك في كتاب ابن المواز : إذا اكتراها مدةً فمات وبقي من المدة بقيةٌ ولم ينقد الكراء فالكراء لازمٌ للميت في ماله ، ولاتكون الزوجة / أحق بذلك، [١٤٣/أ] ثم تُحاصُّ الورثة في ذلك ، فللورثة إخراجها إلا أن تحب أن تسكن في حصتها ، وتؤدي كِرَاء حصتهم .

ـ **قال الشيخ** : يريد : برضاهم ـ .

وإن نقد بعض الكراء سكنت في حصة مانقد بأسره وكان الحكم فيما لم ينقد كما ذكرنا[3] .

وإن شاء الورثة أن يُكرُوا منها لزمها المقام ، وإن شاؤا إخراجها فذلك لهم ، وكذلك صاحب الدار بعد المدة[4] .

فهذا يدل على خلاف التأويل المتقدم[5] .

---

(١) هو موسى بن طارق السَّكسَكي الزَّبيدي ، كنيته أبو محمد ، وأبو قُرة لقبٌ له ، قاضي زَبيد ، محدثٌ ، إمامٌ ، حجةٌ ، روى عن مالك الموطأ وغيره ، له كتابه الكبير ، وكتابه المبسوط ، وسماعٌ معروفٌ في الفقه عن مالك .
انظر : ترتيب المدارك ٣٩٦/١ ، سير أعلام النبلاء ٢٢٠/٨ ، الديباج ٣٢٤/٢ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٦/ب .

(٣) أي من أنها لاسكنى لها في ماله وتؤدي الكراء من مالها .

(٤) النوادر والزيادات ل٣٤٧/ب .

(٥) أي الذي ذكره بعض القرويين من أن المراد أنه أكرى كل سنةٍ بكذا .

وذكر عن أبي عمران أنه إذا أكرى الرجل منزلاً ونقد كـراءه قبـل أن ينتقـل إليه ثم مات قبل أن ينتقل إليه فليس للمرأة أن تنتقل إليه وتعتد في الموضع الذي هي فيه[١] .

ومن المدونة : قال مالك : فإن أخرجت أقامت بموضـع تنتقـل إليـه لاتخـرج منه ولاتبيت إلا فيه حتى تنقضي عدتها ، وكذلك إن أخرجت مـن المسكن الثـاني فاكترت ثالثاً ففيه تعتد وتبيت .

قال ابن القاسم : وأما إن طلقها زوجها طلاقاً بائناً فلزمه السكنى ثـم مـات في العدة فقد وجب لها السكنى في مال الزوج قبل الوفاة دينـا ، فلايسـقطه موتـه ، بخلاف المتوفى عنها لو لم يطلقها ، وكذلك بلغني عن مالك ، وقـد روى ابـن نـافع عن مالك أنهما سواءٌ إذا طلق ثم مات ، أو مات و لم يطلق .

قال سحنون : وهذا أعدل[٢] .

قال يحيى بن عمر : كما تنقطع النفقة بموته عن الحامل[٣] .

قال الشيخ : وفي سماع ابن القاسم عن مالك : أن الحـامل إذا اختلعـت مـن زوجها أو طلقها طلاقاً بائناً فلزمته نفقتها ثم مات قبـل أن تضـع أن النفقـة تسـقط عنه بموته[٤] .

وقد مضى في إرخـاء السـتور[٥] عـن ابـن نـافع عـن مـالك : أن الحـامل إذا اختلعت من زوجها مثل هذا[٦] ، فيلزم ابـن القاسـم عنـد أهـل النظـر أن يقـول في السكنى أنها تنقطع عنها كما تنقطع النفقة[٧] .

---

(١) تهذيب الطالب ل ٦٧/أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٤٧٥،٤٧٦ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

(٣)،(٤) تهذيب الطالب ل ٦٦/أ .

(٥) أي في كتاب إرخاء الستور .

(٦) أي أنها تسقط .

(٧) لأن النفقة إنما لزمته لها في حياته فإذا مات سقطت .
المصدر نفسه ل٦٦/أ .

قال بعض فقهائنا : لايلزم ابن القاسم هذا ، لأن النفقة إنما سقطت بموته لأنها بسبب الحمل ، وقد صار الحمل الآن وارثاً ، فلذلك وجب سقوطها ، وأما السكنى فهي للمرأة وقد وجبت لها عليه في صحته فلزمته كدينٍ لها ، فلايُسقط ذلك موته ، والله عز وجل أعلم[1] .

قال الشيخ : لأن السكنى لاتسقط في الموت ولافي الطلاق البائن إن كان المسكن له ، أو نقد كراءه ، وتسقط في ذلك النفقة ، فدل أن السكن أقوى .

[فصل ٦ ــ في المطلقة إن كانت في بيت بكراء]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو طلقها وهو في بيتٍ بكراءٍ فأفلس قبل انقضاء العدة فلرب الدار إخراجها ، لأنه أحق بمسكنه .

قال مالك : وقال ابن المسيب : الكراء على الزوج ، فإن لم يكن عنده فعليها ، وإن لم يكن عندها فعلى الأمير[2] .

قال ابن القاسم : وإذا كانت المرأة في مسكنٍ بكراءٍ اكترته[3] فطلقها زوجها فلم تطلب الزوج بالكراء إلا بعد العدة فذلك لها ، وكذلك إن كان زوجها لم يفارقها فطلبت منه كراء المسكن الذي اكترته بعد تمام السكن فذلك لها إن كان موسراً حين سكنت ، وإن كان عديماً فلاشيء عليه[4] .

قال ابن أبي زمنين : معنى هذه المسألة عندي : أنها إنما اكترت المسكن بعدما تزوجها ، فأما إن تزوجها وهي في بيتٍ بكراءٍ فقد قال[5] في كتاب كراء

---

(١) المصدر نفسه ل٦٦/أ .

(٢) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في عدة المرأة في بيتها إذا طلقت فيه ٢/٤٥٤ رقم (٦٦) .

(٣) "اكترته" ليست في أ ، ب .

(٤) انظر : المدونة ٢/٤٧٦-٤٧٨ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

(٥) أي ابن القاسم .

الدور والأرضين : لاكراء على الزوج إلا أن تكون بيّنت له أنها إنما تسكن بكراء[١]، وإن لم يكن هذا معناه تناقضٌ من القول ، والله أعلم[٢] .

[فصل ٧ ــ في السكنى والنفقة على الزوج المعدم وفي سكنى ونفقة أم الولد من وفاة سيدها أو عتقه لها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولاسكنى على معدم في عدة ، ولانفقة في حمل إلا أن يوسر في حملها فتأخذه بنفقة مابقي ، وكذلك / السكنى ، وإن [١٤٣/ب] وضعت قبل يسره فلانفقة لها في شيء من حملها .

ولأم الولد[٣] السكنى في الحيضة إن مات السيد أو أعتقها ، ولانفقة لها ، وكل شيء تحبس عليه فيه من عدة أو استبراء فلها فيه السكنى .

قال مالك : وإن كانت حاملاً حين أعتقها فلها النفقة مع السكنى .

قال غيره : إذا كانت حاملاً في الوفاة فلها السكنى ولانفقة لها[٤] .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإن لم تكن حاملاً فلاسكنى لها ، ورآها لها أشهب استحساناً من غير إيجاب .

قال ابن القاسم : وإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى إن أعتقها ، ولها أن تبيت في غير بيتها ، مات سيدها أو أعتقها .

وقال أصبغ مثل قول أشهب وأشد ، ويرى ذلك لها وعليها ، ولو كانت حاملاً في الوفاة فلها السكنى ولانفقة لها[٥] .

---

(١) أي فإن شئت فأد وإن شئت فاخرج . انظر : المدونة ٥١٨/٤ .

(٢) النكت والفروق ل٧٩/أ .

(٣) في أ "ولا لأم الولد" .

(٤) انظر : المدونة ٤٧٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤٩/أ .

[فصل ٨ ـــ في سكنى ونفقة المرتدة]

ومن المدونة : قال مالك : وللمرتدة الحامل النفقة والسكنى مادامت حاملاً[١] .

قال أبو بكر بن اللبّاد : ليس لها السكنى ، وإن لم تتب تسجن حتى تضع.

قال مالك : فإن لم تكن حاملاً لم تؤخّروا استتيبت ، ولانفقة لها في هذه الاستتابة ، لأنها قد بانت منه ، فإما أن تقتل أو ترجع إلى الإسلام ، فيكون ذلك طلقةً بائنة ، ويكون لها السكنى[٢] .

وذكر الباجي[٣] : أن علي بن زياد قال : إذا ارتدت المرأة رغبةً في فسخ النكاح ، وعلم ذلك منها أن ذلك لايفسخ النكاح ، وتبقى زوجةً له على حالها[٤].

فصل ٩ ـــ في سكنى زوجة المعترض والمجوسية إن أسلم زوجها إذا فرق بينهما]

ومن المدونة : قال مالك :والمعترض عن امرأته إذا فرّق بينهما عند الأجل فلها عليه السكنى في عدتها .

والمجوسيان إذا أسلم الزوج فوقعت الفرقة بينهما وقد بنى بها فلها السكنى[٥].

---

(١) قال عبد الحق : قيل في المرتدة : إنما قال : لها السكنى ، يعني : أنها ارتدت ولم ترفع الحكم حتى وضعت ، فيقضي لها على زوجها فيما مضى بالسكنى ، فأما لو رفعت إلى الإمام لسجنها حتى تضع وأمر الزوج بالانفاق ، ولايقال في هذه إن لها السكنى .
النكت والفروق ل٧٨/ب ، ٧٩/أ .

(٢) انظر : المدونة ٤٧٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

(٣) في تهذيب الطالب "أبو عمران" .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٧/أ .

(٥) انظر : المدونة ٤٧٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

ومن كتاب ابن المواز : وقيل : إن أسلم أحد الزوجين المجوسيين فلانفقة لها ولها السكنى[١] .

قال أصبغ : وإن أسلمت ذمية تحت ذميٍ فلها النفقة ، لأن إسلامه في العدة كالرجعة .

قال ابن المواز : ولانفقة لها كالمجوسية تسلم تحت مجوسي ، لأنه لارجعة له حتى يسلم ، وهذا الصواب عندنا[٢] .

[فصل ١٠ ـــ في سكنى المستحاضة]

ومن المدونة : قال مالك : وللمستحاضة السكنى في عدتها ، ولاينقطع ماوجب لها من السكنى كمطلقة ، أو متوفى عنها زوجها وبها ريبةٌ حتى تزول عنها الريبة[٣] .

---

(١) أي في العدة .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل ٣٥٠/أ .

(٣) انظر : المدونة ٤٧٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

[الباب الثالث عشر]
جامع مسائل مختلفة من الاستبراء وأمهات الأولاد

قال مالك : ومن كانت له أمةٌ يطؤها و لم تلد منه فمات عنها ، أو باعها فاستبراؤها حيضةٌ وإن كانت مستبرأةً قبل ذلك ، لأنها خرجت من ملكٍ إلى ملك، وأما إن أعتقها فإنها تستبرأ بحيضةٍ إلا أن يكون السيد استبرأها قبل ذلك فيجزئها ذلك .

ـ **قال الشيخ** : لأنها[١] خرجت من ملكٍ إلى حرية ـ وتنكح مكانها إن أحبت ، ويحل للزوج وطؤها حينئذٍ كما لو زوجها السيد وهي ملكه حل للزوج وطؤها مكانه ، ويجزؤها استبراء السيد ، ولايجوز للسيد تزويجها حتى يستبرئها .

قال : ولو أعتق أم ولده بعد الاستبراء ، أو مات عنها لم يجزها حتى تستأنف حيضةً بعد عتقها ، بخلاف الأمة[٢] .

وإن اشترى المكاتب زوجته بعد البناء ، فلم يطأها حتى مات ، أو عجز ، فرجعت إلى السيد فعدتها حيضة ، قاله مالك ، ثم رجع ، فقال : أحب إلي أن تكون حيضتين ، وبهذا أخذ ابن القاسم : أن السيد لايطؤها إلا بعد حيضتين من يوم الشراء ، ولو وطئها المكاتب بعد الشراء انفسخت العدة وحلَّت بحيضة الاستبراء ، ولو مات المكاتب / أو عجز بعدمامضى لها عنده حيضتان من يوم الشراء ، فصارت الأمة لسيدها لم ينبغ لسيده أن يطأها حتى تحيض حيضةً وإن كان المكاتب قد قال : لم أطأها بعدها ، وإن هي خرجت حرة بعد حيضتين لم يكن للسيد وطؤها ، ونُكحت مكانها ولااستبراء عليها ، لأنها خرجت من ملكٍ إلى حرية[٣] .

[١٤٤/أ]

(١) "لأنها" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٤٧٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

(٣) انظر : المدونة ٤٨٠/٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

قال مالك : ومن اشترى زوجته قبل البناء وطئها بملك يمينه ولااستبراء[١] .

قال مالك : وإذا اشترى المأذون له في التجارة أمةً بـإذن سيده أو بغير إذنـه فوطئها ، ثم عتق وقد ولدت منه أولاداً وهـي حـاملٌ منـه ، فهـي تَبـعٌ لـه كَمَالِهِ ، ولاتكون له أم ولدٍ بما ولدت قبل عتقه ، ولابما كانت بـه حـاملاً حـين عَتَـق ، لأن ذلك الولد رقٌ للسيد[٢] .

قال ابن القاسم : إلا أن يملك المأذون حملها قبل أن تضعه بهبةٍ فتكـون بـه أمَّ ولد[٣] .

قال مالك : ولو أن العبد حين أعتقه سيده أعتق هو جاريته وهي حاملٌ منـه لم أعجل لها ذلك ، وكانت حدودهـا حـدود أمـةٍ حتى تضـع فـيرق الولـد للسـيد الأعلى ، وتعتق هي بالعتق الأول بغير إحداث عتق[٤] .

وسأل ابن كِنَانَة مالكاً عن مدبَّرٍ اشـترى أمـةً فوطئهـا فحملـت ، ثـم عجَّـل السيد عتقه هل يتبعه ولده كمَالِه؟

فقال : لا ، ولكن إذا وضعته كان مدبَّراً على حـال ماكـان عليـه الأب قبـل العتق ، والجارية تبعٌ للعبد ، لأنها مَالُه[٥] .

قال ابن القاسم : واختلف قول مالك هل تكون بهذا الولد أم ولد أم لا؟[٦]

وقد تقدم جميع مسألة المـأذون لـه إلى آخـر الكتـاب في أمهـات الأولاد[٧] ، وهناك زيادة شرحٍ فيها فاعلمه .

تم طلاق السنة والعدة بحمد الله وحسن عونه ، وصلى الله على سيدنا محمدٍ وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً أثيراً إلى يوم الدين

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٨٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

(٢)،(٣)،(٤)،(٥) انظر : المدونة ٢/٤٨١ .

(٦) ثم قال سحنون : قال ابن القاسم : والذي سمعت من مالكٍ قال : تكون أم ولـد إذا ولدتـه في التدبير أو في الكتابة . المصدر نفسه ٢/٤٨١ .

(٧) وهو الكتاب الذي قبل كتاب النكاح الأول حسب ترتيب نسختي أ ، ب .

[الكتاب الثامن]
كتاب الأيمان بالطلاق

[الباب الأول]
فيمن أخبر بطلاق زوجته ، أو قال لها : أنت طالق إن فعلت كذا أو شئت ، وتكرير الطلاق واليمين به

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت"(١) ، فمن عصى الله وحلف بالطلاق فحنث لزمه كمن طلق ، وقد قال الله سبحانه : ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾(٢) وهي الرجعة ، فجعلها ثابتةً كغير من أوقع الطلاق الثلاث في كلمةٍ واحدةٍ وألزمه ذلك .

فصل [١ ـ فيمن أُخبر بطلاق زوجته]

قال ابن القاسم : ومن طلق زوجته فقال له رجل : ماصنعت؟ فقال : هي طالق ، فإن نوى إخباره فله نيته(٣) ـ يريد : ويحلف .

قال الشيخ : وحكي لنا عن بعض شيوخنا أنه قال : إنما يحلف إذاكان قد تقدمت له فيها طلقة ، أو طلق بعد ذلك طلقة ، لأنها ثلاثٌ في الظاهر ، وعلى دعواه طلقتان ، فلم يمكن من رجعتها إلا بيمينه ، فإن لم يحلف فلاسبيل له إليها فإن طلبته بالنفقة / لزمته ، لإقراره أنها على عصمته ، فينفق عليها مادامت في العدة إن [١٤٤/ب]

---

(١) أخرجه البخاري ، كتاب الأيمان والنذور ، باب لاتحلفوا بآبائكم ٢٢١/٧ ، ومسلم ، كتاب الأيمان ، باب النهي عن الحلف بغير الله تعالى ١٢٦٦/٣ رقم (١٦٤٦) .

(٢) سورة الطلاق :آية ١ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

كان مقيمًا على إقراره إلا أن يلتزم الثلاث أو يستأنف طلقةً اختياراً منه ، فتصير بائناً لانفقة لها عليه ، والله أعلم .

وفي كتاب ابن المواز فيمن لقي رجلاً فقال له : اشهد أن امرأتي طالق ، ثم لقي آخر فقال له ذلك ، وقال : أردت بذلك كله طلقةً واحدةً ، قال مالك : يحلف ويُديَّن ، وهذا بيِّنٌ أن اليمين عليه فاعلمه[١] .

فصل [٢ ــ فيمن قال لزوجته : أنت طالق إن فعلت كذا]

ومن قال لزوجته : إن دخلت الدار ، أو أكلت ، أو شربت ، أو ركبت[٢] أو قمت ، أو قعدت ، أو نحو هذا فأنت طالق ، فهذه كلها أيمان[٣] .

قال الشيخ : يعني : إن أكلت أو شربت شيئًا بعينه ، أو قمت أو قعدت إلى وقت كذا[٤] ، وأما إن لم يكن هذا فيعجَّل عليه الطلاق الآن ، إذ لابد لها من الأكل والشرب والقيام والقعود .

قال مالك : وإذا قال لها : إذا حضت فأنت طالق لزمه الطلاق مكانه ، وإن قال لحامل : إذا وضعت فأنت طالق ، طلقت الآن[٥] .

قال أبو محمد : قال مالك : لأنه أجلٌ آتٍ في أكثر النساء[٦] .

وقال أشهب : لاتطلق عليه[٧] حتى تحيض أو تضع ، واختلف فيه قول مالك[٨] .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٣/ب .

(٢) "أو ركبت" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المدونة ٣/٢ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

(٤) "كذا" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٣/٢ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٣٠٣/ب .

(٧) "عليه" ليست في أ ، ب .

(٨) فروي عنه أنها تطلق بعد التلفظ بالطلاق كما تقدم قريباً من قوله ، وروي عنه أنها لاتطلق حتى يكون ماشرط ، من الحيض أو الوضع . انظر : المصدر نفسه ل٣٠٣/ب ، ٣٠٤/أ .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : أنه لما كان ذلك غالباً في أكثر النساء حمل أمره على أنه أجلٌ آتٍ لابد منه ، لأن ذلك أصلهم ، كمنع المريض من أكثرمن ثلث ماله إذا كان الغالب من مرضه الموت ، وكذلك الاستثقال في النوم إذا كان الغالب منه خروج الحدث .

ووجه قول أشهب : اعتباراً بما يمكن أن يكون أو لايكون ، كقوله : أنت طالق إذا دخلت الدار ،أو دخلتها فلانة ، أو إذا قدم زيد ونحوه ، فإنها لاتطلق حتى يكون ذلك .

[فصل ٣ ــ فيمن قال:إذا طهرت ، أو حضت فأنت طالق]

ومن المدونة : قال مالك :وإن قال لامرأته وهي حائض : إذا طهرت فأنت طالق ، طلقت الآن ، وجبر على الرجعة .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : إذاحضت ، أو إذا حاضت فلانةـوفلانة ممن تحيض ـ فأنت طالقٌ ، طلقت الآن ، وتأخذ في العدة ، وتعتد بطهرها الذي هي فيه من عدتها ، فإن ارتابت بتأخير الحيض فاعتدت سنةً ثم نكحها بعد العدة فحاضت عنده واليمين فيها لم تلزمه بذلك طلقةٌ ثانيةٌ ، لأني عجّلت حنثه بذلك[1] .

فصل [٤ ــ فيمن قال : أنت طالق إذا شئت]

وإن قال لها : أنت طالقٌ إذا شئت ، أو إن شئت ، فذلك بيدها وإن افترقا حتى توقف أو توطأ أو يتلذذ منها طائعةً ، وكانت (إذا) عند مالك أشد من (إن)

---

(١) انظر : المدونة ٣/٣،٤،١٢ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .

ثم ساوى بينهما[١] ، ولو قبلته قبل القضاء كان تركاً لما جعل لها[٢] .

فصل [٥ ـ فيمن قال : إن كنت تبغضيني ، أو إن كنت تحبين فراقي فأنت طالق]

وإن قال لها : إن كنت تبغضيني فأنت طالق ، فقالت : لاأبغضك ، فلايجبر على فراقها ولكن يؤمر به[٣] ، وإن قال لها : إن كنت تحبين فراقي فأنت طالق ، فقالت : إني أحبه ، ثم قالت : كنت كاذبة ، فليفارقها ولايقيم عليها[٤] .

فصل [٦ ـ فيمن قال : إن كلمت فلانا فأنت طالق]

وإن قال لها : إن كلمت فلانا فأنت طالق ، ثم قال لها ذلك ثانية في ذلك الرجل فهي إن حنث طلقتان حتى يريد واحدة ، ولو كان ذلك في يمين بالله فقال والله لاأفعل كذا ، ثم قال بعد ذلك : والله لاأفعل كذا ، لذلك الشيء بعينه ، فحنث لم يلزمه إلا كفارة واحدة بخلاف الطلاق .

قال ابن القاسم : ألا ترى أنه لو قال : والله والله لاأكلم فلاناً ، فكلّمه ، لم يلزمه إلا كفارة واحدة ، ولو قال لها : أنت طالق أنت طالق إن كلّمتِ

---

(١) أي في الحكم المترتب على التلفظ بواحد منهما .
قال ابن القاسم : كان ـ أي مالك ـ يقول : هما مفترقان ، إذا قدم أبي ، أشد وأقوى عندي من قوله : إن قدم أبي ، ثم رجع فقال : هما سواء ، إذا ، وإن .
المدونة ٣/٣ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٣/٢،٣ ، تهذيب المدونة ص١١١،١١٢ .

(٣) قال ابن القاسم : لأنه لايدري أصدقته أم لا ، فأحسن ذلك أن لايقيم على امرأة لايدري كيف هي تحته أحلال أم حرام ، وهو قول مالك . المدونة ٣/٤ .
وفي هامش تهذيب المدونة : وإن قالت له : أنا أبغضك ، فرق بينهما بالقضاء .

(٤) انظر : المدونة ٣/٣،٤ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .

فلانا ، فكلمه طلقت عليه ثلاثاً إلا أن ينوي واحدة ، ويريد بالبقية إسماعها ، وأما إن قال لها : إن كلمت فلاناً فأنت طالق ، ثم حلف بمثل ذلك في رجلٍ آخر فكلمها كانت طلقتين ، ولاينُوَّى إلا أن يكون المحلوف عليه / رجلاً واحداً [١٤٥/أ] فينوى[١] كما وصفنا[٢] ، وبعد هذا بابٌ في تكرير الطلاق[٣] .

فصل [٧ ــ فيمن حلف بالطلاق على أن فلانا قال كذا وكذا]

قال مالك : ومن قال لرجل[٤] : امرأتي طالقٌ ، لقد قلت لي كذا وكذا ، فقال الآخر : امرأته طالقٌ إن كنت قلته ، فليُديِّنا ويُتركَا إن ادعيا يقينا[٥] .

فصل [٨ ــ فيمن قال : إن لم أطلقك فأنت طالق]

قال ابن القاسم : وإن قال لها : إن لم أطلقك فأنت طالقٌ ، لزمه مكانه طلقة إذ لابد له من الطلاق[٦] .

وقال غيره : لايلزمه الطلاق إلا أن ترفعه إلى السلطان ويوقفه[٧] .

فصل [٩ ــ فيمن حلف بالطلاق على مالايمكن فعله]

ومن قال لرجل : امرأتي طالقُ لو كنت حاضرًا لِشَرِّك مع أخي لفقأت عينك،فإنه حانث ، لأنه حلف على شيءٍ لايبرّ فيه ولافي مثله[٨] .

---

(١) "فينوى" ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .

(٣) وهو الباب الثالث من هذا الكتاب .

(٤) "لرجل" ليست في أ ، ب .

(٥)،(٦)،(٧) انظر : المدونة ٤/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .

(٨) انظر : المدونة ٥/٣ .

ومن الواضحة : قال أصبغ فيمن حلف على أمرٍ قد سلف أن لو أدركه لفعل كذا : فهو حانث ، كان مما يمكنه فعله أو لايمكنه ، مثل أن يحلف لغريمه : لو جئتني أمس لقضيتك حقك ، فهو حانث ، لأنه غيبٌ لايدري أكان فاعلاً أم لا ، وإنما يفترق مايمكن ومالايمكن في المستقبل ، فما كان يمكن فعله من قضاء دينٍ ، أو عطية مالٍ ، أو شق ثوبٍ ، أو ضربٍ وشبهه ، فلاشيء فيه حتى يفعل أو لايفعل ، وماكان لايمكن من شق جوفٍ ، أو فقء عينٍ ، أو قتلٍ ، أو قطعٍ وشبهه فهو حانث مكانه ، وقاله ابن القاسم .

وقال ابن الماجشون : سواءٌ حلف على أمرٍ سلف أو أمرٍ مستقبل ، فإن كان يمكن فعله فلاشيء عليه ، وإن كان غير ممكن فهو حانثٌ في الوجهين إلا أن تكون له نيةٌ في فعل غيرماسمى ، وقاله مالك فيهما ، ألا ترى أن مالكاً قال في الذي حلف بالطلاق في شيءٍ كان[1] بينه وبين رجل لو أدركه البارحة لفعل كذا وكذا من أمه ، وأمه ميتة ، وقال : إنما نويت أن أشجّه لو أدركته ، أو أصنع به شيئاً ، وقد علمت وفاة أمه ، فَدَيَّنه مالك ولم يُحنِّثه .

قال ابن الماجشون : فهذا فيما سلف ، ولو لم تكن له نيةٌ فيما قد لفظ به مما لم يمكن فعله لحنَّثه مالك كما حنث القائل : لو كنت حاضراً لشَرِّك مع أخي لفقأت عينك[2] .

قال الشيخ : وهذا أشبه بظاهر المدونة ، ألا ترى قول مالكٍ وعلته في المسألة لأنه حلف على شيءٍ لايبر فيه ولافي مثله[3] .

---

(١) "كان" ليست في أ ، ب .

(٢) كما تقدم قريبا .

(٣) انظر : المدونة ٣/٥ .

[الباب الثاني]
فيمن طلق إلى أجل أو وقت
أو حلف به على غيب

[فصل ١ ـ في الطلاق إلى أجل]

ولما أجمعوا على إبطال النكاح إلى أجلٍ، وعجّلوا المؤجل من حلِّ العُقُدة وجب مثله في الطلاق المؤجل أن يعجّل إيقاعه ، وقاله عددٌ كثيرٌ من الصحابة والتابعين[١] ، بخلاف العتق إلى أجلٍ، إذ قد بقي له في المملوكة الخدمة ، ولم يكن في الزوجة غير الاستمتاع الذي حرم عليه[٢] .

قال ابن القاسم : فكل من طلق إلى أجلٍ آتٍ لزمه الطلاق مكانه ، وأما من قال لامرأته : إذا قدم فلانٌ ، أو إن قدم فلانٌ فأنت طالقٌ ، فلايلزمه طلاق حتى يقدم فلان ، وليس هذا من الشك الذي يفرق به ، ولاهو أجلٌ آتٍ على كل حال وإنما الشك الذي يفرق به لو قال رجل : امرأته طالق إن كلّم فلاناً ، ثم شك فلم يدر كلّمه أم لا ، فهذا تطلق عليه ، إذ لعله في يمينه حانثٌ وهو لايوقن أنه فيها بار، وكل يمين بالطلاق لايعلم صاحبها أنه فيها بارٌ فهو فيها حانث ، وإن قال لها : أنت طالق بعد قدوم فلانٍ بشهرٍ ، طلقت عليه حين قدومه ، ولاينتظر به الأجل ، وإن قال لها : أنت طالق إذا متُّ أنا ، أو إذا متِّ أنت ، لم يلزمه شيء ، إذ لاتطلق ميتة ولايوصي ميتٌ بطلاق .

وإن قال لها : إن مات فلانٌ فأنت طالقٌ ، أو قال لها : أنت طالقٌ قبل موته بشهرٍ لزمه / الطلاق من ذلك كله مكانه[٣] . [١٤٥/ب]

---

(١) كسعيد بن المسيب والحسن البصري ، أخرجهما سعيد بن منصور ،كتاب الطلاق ، باب من وقت للطلاق وقتا ٢/١٠ رقم (١٨٠١،١٨٠٣) .
وقتادة والزهري ، أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق إلى أجل ٦/٣٨٧ رقم (١١٣١٦،١١٣١٧) .

(٢) تهذيب الطالب ل ٤٣/أ ، وهو من قول أبي محمد .

(٣) انظر : المدونة ٣/٤-٦ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم : ومن طلق امرأته إلى مئة سنة ، أو إلى مئتي سنة ، فلاشئ عليه ، وأراه من قول مالك[١] .

وقال ابن الماجشون في المجموعة : إذا طلقها إلى وقت لايبلغانه ، أو لايبلغه عُمُرُ أحدهما لم يلزمه .

قال سحنون : وإذا أعتق عبداً إلى وقتٍ لايبلغانه أو لايبلغه العبد لم يلزمه ، وإن كان يبلغ مثله العبد ولايبلغه السيد فهي وصيةٌ من الثلث ، وإن كان إلى وقتٍ يشبه أن يبلغه عمر أحدهما فهو من رأس المال [٢] .

وإذا قال : إذا ماتت ابنتك فأنت طالق ، ثم ماتت مكانه عند تمام كلامه قبل القضاء عليه من غير مرضٍ لم يتوارثا ، لأن الطلاق وقع عليه عند تمام كلامه ، وقاله ابن عبد الحكم .

ولو قال : يوم أموت فأنت طالق ، فهو مطلقٌ إلى أجل .

ـ **قال الشيخ** : إذ قد يموت آخر النهار فيقع الطلاق عليها أول النهار ـ .

قال عيسى : وكذلك لو قال : يوم تموتي أنت ، وقال أشهب : لاشئ عليه.

قال أشهب في المجموعة : وكذلك قبل موتي بشهر ، [٣] وهو أصله في العتق إلى مثل هذا أنه من الثلث لأنه لايكشفه إلا الموت[٣] [٤] .

ابن المواز : وقال ابن القاسم وابن وهب : وإن قال : إن متُّ إلى خمسة أشهرٍ فأنت طالق ، فلاشئ عليه ، كأنه قال : إن متُّ أنا إليها فأنت طالقٌ بعدها ، وإن قال قوله يريد : لاأموت فيها ، طلقت مكانها .

سحنون : وإن قال لها : أنت طالقٌ إذا صليت أنا ، أو إذا صليت أنت ، طلقت عليه الساعة ، لأنه أجلٌ آت ، ولابد من الصلاة .

---

(١) الذي في العتبية : إن قال لامرأته : أنت طالق إلى ألف سنة ، أو خمسمئة سنة ، وقال ابن القاسم : وإنما الطلاق في الأجل الذي يطلق به عليه ساعتئذ كل أجل كان يبلغه أعمار الناس . البيان والتحصيل ٦/٢٢٣ .

(٢) تهذيب الطالب ل ٤٣/ب .

(٣) ساقط من أ .

(٤) المصدر نفسه ل٤٣/ب .

قال محمد بن عبد الحكم فيمن قال : أنت طالق اليوم إن كلّمت فلاناً اليوم ، أو : أنت طالق اليوم إن كلّمت فلاناً غداً ، قال : إن كلمه اليوم طلقت عليه بواحدةٍ، وإن كلمه غداً فلاشيئ عليه .

قال أبو محمد : هذا خلاف أصل قول مالك ، والطلاق يلزمه إذا كلمه غداً وليس لتعلق الطلاق بالأيام وجه[1] .

ابن حبيب : قال ابن الماجشون : إذا قال لزوجته و لم تحض : إذا حضت فأنت طالق ، طلقت عليه الآن ، ولو كانت قد قعدت عن المحيض لم تطلق عليه إلا أن تحيض .

أبو محمد : ويقول النساء : إنه دم حيض[2] .

[فصل ٢ ــ فيمن قال : أنت طالق كلما حضت]

ومن المدونة : وإن قال لها : أنت طالق كلما حضت ، طلقت عليه الآن ثلاثاً[3] .

وقال سحنون : إذا قال لها ذلك وهي طاهرٌ لزمته طلقتان .

ووجه قول سحنون هذا : كأنه قال لها : إذا حضت حيضةً فأنت طالقٌ ، وإذا حضت الثانية فأنت طالقٌ ، وإذا حضت الثالثة فأنت طالقٌ ، فهي إذا حاضت الثالثة بانت منه ، فكأنه أوقع الثالثة بعد أن بانت منه ، فلايلزمه ، ونحو هذا التعليل لسحنون[4] .

قال الشيخ : ووجه قول ابن القاسم : كأنه قصد إلى تكثير الطلاق كمن قال : أنت طالقٌ مئة مرة[5] .

---

(١)،(٢) المصدر نفسه ٤٣/ب ، ٤٤/أ .

(٣) انظر : المدونة ٣/٦ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .

(٤)،(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٤/أ .

[فصل ٣ ـــ فيمن قال : أنت طالق كلما جاء يوم أو شهر أو سنة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالق كلما جاء يومٌ ، أو شهرٌ ، أو سنةٌ ، طلقت عليه الآن ثلاثاً ، ولم تَعُد عليه اليمين إن نكحها بعد زوج ، لأن الملك الذي طلق فيه قد ذهب .

وإن قال لأجنبية : أنت طالق غداً ، فتزوجها قبل غدٍ فلاشيئ عليه إلا أن ينوي إن[1] تزوجتك فتطلق عليه إذا تزوجها مكانه[2] .

قال سحنون : بعضها صواب وبعضها خطأ .

قال الشيخ : قال أبو عمران : إنما الصواب[3] قوله : كلما جاء يوم ، وأما كلما جاء شهر ، أو سنة ، فمذهبه في ذلك : أن تطلق الساعة طلقة ، ثم يُنظر هل تذهب عدتها في الشهر ، أو في السنة ، فإن ذهبت لم يقع عليها طلاق ، كما قال في قوله : أنت طالقٌ كلما حضت[4] .

فصل / [٤ ـــ فيمن قال : إذا حملت فأنت طالق] [١٤٦/أ]

قال ابن القاسم : ومن قال لزوجته : إذا حملت فأنت طالقٌ ، لم يُمنع من وطئها ، فإذا وطئها مرةً طلقت عليه حينئذٍ ، ولو كان قد وطئها في ذلك الطهر قبل مقالته طلقت عليه مكانه ، وتصير بعد وطئه أول مرةٍ كالتي قال لها زوجها : إن كنت حاملاً فأنت طالقٌ ، وقد قال مالك في مثل هذا : هي طالق ، لأنه لايدري أحاملٌ هي أم لا[5] .

---

(١) "إن" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٦/٣،٧ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .

(٣) أي في قول ابن القاسم المتقدم .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٤/أ .

(٥) انظر : المدونة ٥/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .

وقال ابن الماجشون في المسألة الأولى[1] : له وطؤها في كل طهرٍ مرة ، مثل العتق[2] .

وقال أشهب : لاشيء عليه حتى يكون ماشرط[3] .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم : فلأنه إذا وطئها صار من حملها في حال الشك لايدري أحملت فيجب عليه الطلاق ، أو لم تحمل فلايجب عليه ، وكل من حنث أم لا فهو حانث .

ووجه قول أشهب : أن من أصله أنه لايطلق إلا على من طلق إلى أجلٍ آتٍ لابد منه ، وأما مايمكن أن يكون أو لايكون فلايلزم به طلاق ، ولانقل : حكم هذا أصلهم ، وكما لو قال لحامل : إذا وضعت فأنت طالقٌ عنده ، وكقوله : إذا قدم فلان فأنت طالق ، فلاتطلق عليه[4] إجماعاً منهما .

ووجه قول ابن الماجشون : أن ليس من كل وطءٍ يكون الحمل ، فوجب أن لاتطلق عليه حتى يُختبر أمر هذا الوطء ويمسك عن وطئها ، إذ لايدري هل حملت منه فيحنث أم لا ، قياساً على الأمة إذا قال لها : إذا حملت فأنت حرة .

والفرق عند ابن القاسم بين الأمة والحرة أنهم أجمعوا أنه لايجوز الطلاق إلى أجل ، ويجوز العتق إلى أجل ،هذا مذهب مالكٍ وأصحابه[5] .

ومن المجموعة : قال أشهب : وإن قال لها : وإن لم أُحْبِلْك فأنت طالق ، أنه يطؤها أبداً حتى تقعد عن الحمل ، ويؤيس لها منه ، وكذلك إن قال في أمته : إن لم أُحْبِلك فأنت حرة[6] .

---

(١) وهي إن قال لها : إذا حملت فأنت طالق .

(٢)،(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٠٣/ب .

(٤) "عليه" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ١٥٥/٣ ، التفريع ٢٧/٢ .

(٦) النوادر والزيادات ل٣٠٤/ب .

[فصل ٥ ـــ فيمن قال : إذا حملت فوضعت فأنت طالق]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لها وهي غير حاملٍ : إذا حملت فوضعت فأنت طالق ، فإن كان وطئها في ذلك الطهر طلقت عليه مكانها ، ولاينتَظر بها أن تضع ، ولاأن تحمل ، وقد قال مالك : لاتحبس ألف امرأةٍ لامرأةٍ واحدةٍ يكون أمرها في الحمل غير أمرهن[١] .

ومن المجموعة : قال سحنون : إذا قال لحاملٍ : إذا حملت فأنت طالق ، فلاتطلق بهذا الحمل إلا بحملٍ مُؤتَنف[٢] .

[فصل ٦ ـــ فيمن قال : إن لم يكن بك حمل أو إذا وضعت فأنت طالق]

ومن المدونة : وإن قال لها : إن لم يكن بها حملٌ ، أو : إذا وضعت فأنت طالقٌ ، طلقت مكانها ، ولاينتظر بها[٣] حتى يعلم أحاملٌ هي أم لا ، إذ لو ماتت قبل أن يتبين[٤] ذلك لم يرثها .

وأخبرني ابن دينار : أن مالكاً قال في رجلٍ قال لزوجته وهي حامل : قد أكثرت علي من ولادة الجواري ، إن لم يكن في بطنك غلامٌ فأنت طالق ، أنها تطلق عليه الساعة ، ولاينتظر بها أن تضع ، فإن ولدت غلاماً لم ترد إليه ، وهذا عند مالك كقوله : إن لم تمطر السماء في وقت كذا فأنت طالقٌ ألبتة ؛ قال مالك : فإنها تطلق عليه الساعة ، لأن هذا من الغيب ، ولاينُتظر به إلى ذلك الوقت لينظر أيكون فيه المطر أم لا ، ولو مطر في ذلك الوقت لم ترد إليه .

---

(١) انظر : المدونة ٣/٦ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .

(٢) النوادر والزيادات ل٣٠٤/أ .

(٣) "بها" ليست في أ ، ب .

(٤) في أ زيادة "قبل" .

قال مالك : وأما إن قال لها : إن لم يقدم أبي في وقت كذا فأنت طالق ، فبخلاف ذلك ، إذ قد يدعي علم قدومه بالخبر يأتيه ، أو غيره ، وليس هذا كمن حلف على غيب[١] .

قال ابن حبيب : من قال لحامل : إذا وضعت جاريةً ، أو إذا مطرت السماء غداً فأنت طالقٌ ، فلاشيء عليه حتى يكون ذلك ، بخلاف قوله : إن لم تلد جارية ، أو لم تمطر السماء غداً ، أو إن[٢] لم تحض غداً ، أو شبه ذلك فهذا يعجَّل حنثه ، فإن لم يرفع ذلك إلى الإمام حتى ولدت ، أو كان المطر فلاشيء عليه ، وأما إذا[٣] قال : أنت طالق[٤] إذا مطرت / السماء ، أو إذا خسفت الشمس فإنها تطلق عليه [١٤٦/ب] الساعة ، لأنه أجلٌ آتٍ لامحالة ، وقاله ابن الماجشون وأصبغ[٥] .

---

(١) انظر : المدونة ٣/٧ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .
(٢) "إن" ليست في أ .
(٣) "إذا" ليست في أ ، ب .
(٤) "أنت طالق" ليست في أ ، ب .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٠٤/أ ، تهذيب الطالب ل ٤٤/أ .

[الباب الثالث]
باب آخر من اليمين بالطلاق وتكرير الطلاق فيه وعودته في ملك ثان

[فصل ١ ــ فيمن قال : إن لم أفعل كذا فأنت طالق]

قال ابن القاسم : ومن قال لامرأته : إن لم أدخل هذه الدار ، أو أفعل كذا فأنت طالق ، لم يقع عليها الطلاق حين تكلم بذلك ، ولكن يمنع من وطئها حتى يفعل ماحلف عليه ، وإن رفعته امرأته ضرب له من يوم ترفعه أجل المولي ، ولاينظر إلى مامضى قبل ذلك من الشهور ، وإنما يضرب له الأجل من يوم حلف ، لو حلف بيمين من الأيمان أن لايطؤها فلاتحتاج في هذا إلى رفعه إلى الإمام ، لأنه لو وطئ قبل أن ترفعه زال إيلاؤه وبر ، والأول لو وطئ قبل أن ترفعه لم يسقط عنه اليمين التي عليه إذا لم يفعلها[١] .

قال الشيخ : حكي عن أبي محمد وغيره : إذا حلف بالطلاق إن لم يفعل كذا،وُقِف عن وطء زوجته حتى يفعل ، فتعدّى فوطئ ، ثم فعل ماحلف عليه ، أنه لايلزمه استبراؤها من ذلك الوطء ، لأن الوقف هاهنا ضعيف[٢] .

وبعض العلماء يقولون : إن له أن يطأها حتى يفعل ، ولايحال بينه وبينها ، وهي بخلاف من وطئ في الطلاق الرجعي[٣] .

قال ربيعة ويحيى بن سعيد : إن وطئ في الطلاق الرجعي ولم[٤] ينو بوطئه الرجعة ، فهذا لايطأ حتى يستبرئ ، لأنه طلق والحالف لم يطلق[٥] .

---

(١) انظر : المدونة ٣/٨ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .

(٢)،(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٣/أ .

(٤) في أ زيادة "إن" .

(٥) المصدر نفسه ل٤٣/أ ، بدون ذكر ربيعة ويحيى بن سعيد .

فصل [٢ ــ في تكرير الطلاق]

وإن قال لامرأة : إن تزوجتك فأنت طالقٌ ، ثم قال : كل امرأة أتزوجها من بلد كذا ـ لبلدها ـ فهي طالقٌ ، أو قال لها بعد ذلك والنساء معها : إن تزوجتكن فأنتن طوالق ، فإن نكحها لزمته طلقتان ولايُنوَّى .

وإن قال لأجنبية : إن تزوجتك ، أو : يوم أتزوجك فأنت طالقٌ طالقٌ طالقٌ، أو قال لها : أنت طالقٌ أنت طالقٌ أنت طالقٌ إن تزوجتك ، وقدَّم ذكر الطلاق قبل التزويج فهي ثلاثٌ إن تزوجها ، إلا أن يريد واحدةً فَيُدَيَّن .

قلت : فإن قال لامرأته : أنت طالق ، وأنت طالق ، وأنت طالق؟

قال : وقف فيها مالك ، وقال : في النسق بالواو إشكال[١] .

قال ابن القاسم : ورأيته يريد بقوله : إنها ثلاث تطليقات ، ولايُنوَّى ، وهو رأيي[٢] .

قال مالك : وأما إن قال لها : أنت طالقٌ ، ثم أنت طالقٌ ، ثم أنت طالقٌ ، فهذه بينةٌ أنه لايُنوَّى ، وهي ثلاثُ ألبتة ، ولايُنوَّى ، وكذلك إن قال ذلك لأجنبية وقال معه : إن تزوجتك ، والواحدة تُبِينُ غير المدخول بها ، والثلاث تحرمها إلا بعد زوج[٣] ، وقاله جماعةٌ من الصحابة[٤] والتابعين[٥] .

---

(١)،(٢) انظر : المدونة ٣/٩ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .

(٣) انظر : المدونة ٣/١٠ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .

(٤) وهم علي بن أبي طالب وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة وعائشة رضي الله عنهم أجمعين .
أخرجها ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب في الرجل يتزوج المرأة ثم يطلقها ٤/٦٨ رقم (١٧٨٤٦-١٧٨٥٤) .

(٥) وهم إبراهيم النخعي والشعبي ومكحول وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وحميد بن عبدالرحمن .
أخرجها ابن أبي شيبة أيضاً ، كتاب الطلاق ، باب في الرجل يتزوج المرأة ثم يطلقها ٤/٦٩ رقم (١٧٨٥٦-١٧٨٦٢) .

قال ربيعة : ومن قال لامرأته قبل البناء : أنت طالقٌ ، أنت طالقٌ ، أنت طالقٌ ، كلاماً نسقاً فهي ثلاثٌ ولايُنوَّى[١] ولاتحل له إلا بعد زوج[٢] .

فصل [٣ ــ في عودة ماحلف به على المرأة في ملك ثان]

قال ابن القاسم : ومن قال لزوجته : إن أكلتِ هذا الرغيف فأنت طالقٌ ، فلم تأكل منه شيئاً حتى طلقها واحدة ، فبانت منه وتزوجت غيره فأكلت بعضه لم يحنث بذلك ، فإن طلقت فتزوجها الحالف فأكلت بقيته ، أو بعضه وهي في عصمته حنث مابقي من طلاق ذلك الملك الذي عقد فيه اليمين شيء ، فإذا تم رجعت عنده على مُلكٍ مبتدأ ، ولم يحنث بما أكلت عنده في الملك الثاني ، لأن الملك الأول لما ذهب طلاقه صار بمنزلة من لايمين عليه - يريد : ولو أكلت عنده في العصمة الأولى بعض الرغيف لم يعد عليه حنثٌ إن أكلت منه في الملك الثاني ، لأنه حنث مرة ، وكل يمينٍ حنث فيها مرةً بطلاقٍ فلاتعود إليه في التي حنث فيها إن نكحها . / [١٤٧/أ]

وإن قال لها : أنت طالق إن دخلت الدار ، فصالحها ، فدخلتها بعد الصلح في غير ملكه لم يلزمه شيء إن نكحها[٣] .

قال مالك : وإن قال لها : أنت طالقٌ ثلاثاً إن دخلت هذه الدار ، فطلقها ثلاثاً ، ثم تزوجها بعد زوج ، ثم دخلتها فلاشيء عليه[٤] .

قال الشيخ : لأنه إنما كان حلف بطلاق ذلك الملك الذي طلقها فيه ثلاثاً ، فقد ذهب الطلاق الذي حلف به ، ولايحنث بطلاق قد ذهب ، ولو كان إنما طلقها واحدةً أو اثنتين لحنث بدخولها الآن ، لباقي طلاق ذلك الملك ، تزوجها قبل زوجٍ أو بعد زوج ، ثم لاتحل له إلا بعد زوجٍ ، ولايحنث بدخولها في ملك غيره ، وكذلك أكلها للرغيف في ملك غيره .

---

(١) "ولاينوى" ليست في أ ، ب .
(٢) انظر : المدونة ٣/١٠ .
(٣) انظر : المصدر نفسه ٣/٤ .
(٤) انظر : المصدر نفسه ٣/١٠ .

وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجماعة من الصحابة رضي الله عنهم أجمعين[١] : من طلق دون الثلاث ، ثم ارتجع بنكاح ، أنها تكون عنده على بقية طلاق الملك الأول ، ولو كان الطلاق ثلاثاً رجعت على طلاق مبتدأ[٢] .

وإن قال لعبده : أنت حر إن كلمت فلاناً ، فباعه هو ، أو باعه عليه السلطان في فلس ، ثم كلمه ، ثم اشتراه ، أو وهب له ، أو تصدق به عليه ، ثم كلمه حنث بكلامه الآن لابكلامه وهو في غير ملكه ، وإن ورثه ، أو ابتاعه من ميراث أبيه وهو قدر مورثه فأقل ، ثم كلمه لم يحنث ، واشتراؤه إياه بمنزلة مقاسمته إخوته ، وإن بان أكثر من مورثه حنث[٣] .

قال سحنون : هذه المسألة ضعيفة جداً ، ورأى أشهب : أن بيع السلطان له في الفلس يزيل التهمة كالميراث ، ولاتعود بعده اليمين عليه[٤] .

وقد تقدمت هذه المسألة في كتاب العتق .

ومن الخلع[٥] : وإن حلف بالطلاق ثلاثاً إن لم أقض فلاناً حقه إلى يوم كذا فلما قرب الأجل وخاف الحنث طلقها واحدة ، فانقضت العدة قبل ذلك الأجل ، أو صالحها قبل ذلك الأجل ، ثم نكحها بعد الأجل ، في الوجهين لم تعد عليه اليمين وإن لم يقض فلاناً حقه ، وكره له مالك أن يفعل هذا هرباً من الحنث ، فإن فعل فلاشيئ عليه[٦] [٧] .

---

(١) وهم علي بن أبي طالب ومعاذ بن جبل وزيد بن ثابت وأبي بن كعب وعبد الله بن عمر وأبو الدرداء .
أخرجها ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ماقالوا في الرجل يطلق امرأته تطليقتين أو تطليقة فتزوج ثم ترجع إليه على كم تكون عنده؟ ٤/١١٧ رقم (١٨٣٧٤، ١٨٣٧٦، ١٨٣٧٧) .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة أيضاً ، كتاب الطلاق ، باب ماقالوا في الرجل يطلق امرأته الخ ٤/١١٦ رقم (١٨٣٧١) .

(٣) انظر : المدونة ٣/١٥٦ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٣/١٥٧ .

(٥) أي في المدونة .

(٦) أي لايحنث ولايقع عليه الطلاق .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٢/٣٥٥ .

ومن الأيمان بالطلاق : ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالقٌ يوم أدخل دار فلان ، فدخلها ليلاً ، أو حلف على ليلٍ فدخلها نهاراً حنث ، إلا أن ينوي نهاراً دون ليلٍ ، أو ليلاً[1] دون نهارٍ ، فينَوَّى .

وقد ذكر الله عز وجل الليالي بدلاً من الأيام فقال تعالى : ﴿وَلَيَالٍ عَشْرٍ﴾[2] وإن قال لها : أنت طالقٌ إن دخلت دار فلانٍ ، ودار فلانٍ ، فدخلت إحداهما حنث ، ثم[3] إن دخلت الثانية لم تطلق ثانية[4] .

وفي الباب الأول[5] : مسألة من قال لزوجته : إذا طهرت فأنت طالقٌ ، أنها تطلق الآن ويجبر على الرجعة[6] .

---

(١) في أ ، ب زيادة "من" .

(٢) سورة الفجر : آية ٢ .

(٣) "ثم" ليست في أ .

(٤) لأنه قد حنث في يمينه التي حلف بها فلايقع عليه شيء بعد ذلك .
انظر : المصدر نفسه ١٢/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .

(٥) أي من هذا الكتاب ، انظر ص٦٥٧ .

(٦) انظر : المدونة ١٢/٣ .

[الباب الرابع]
في الشك والمجهول في الطلاق

وقد أمر الرسول عليه الصلاة والسلام الشاك في صلاته أن يبني على يقينه[١]، فكذلك يجب على كل شاك الانتقال إلى حالٍ يرتفع فيه شكه ، والطلاق أحق مااحتيط فيه ، إذ روي : "أن هَزْلَه جِد"[٢] .

وقد قال ابن عمر وغيره : يُفرَّق بالشك ولايُجمع به[٣] [٤] .

قال مالك : ومن لم يدرِ كم طلق ، أواحدةً ، أو اثنتين ، أو ثلاثاً فهي ثلاث[٥] .

قال ابن القاسم : فإن ذكر في العدة أنها أقل فله الرجعة ، وإن ذكر بعد العدة كان خاطبًا ، ويصدق في ذلك ، وإن بقي على شكه حتى تزوجها بعد زوجٍ ثم طلقها واحدةً لم تحل له إلا بعد زوج ، لأنه لايدري لعل طلاقه أولاً إنما كان طلقتين ، ثم طلق أخرى فصارت ثلاثا ، فلاتحل له إلا بعد / زوج ، فإن تزوجها [١٤٧/أ] أيضا بعد زوجٍ ثم طلقها أيضاً طلقةً[٦] لم تحل له أيضاً إلا بعد زوج ، لأنه لايدري لعل طلاقه أولاً كان طلقة ، وطلق أخرى وهذه الثالثة ، فلاتحل له إلا بعد زوج ، فإن تزوجها أيضاً بعد زوجٍ ، ثم طلق واحدةً لم تحل له أيضاً إلا بعد زوج ، إذ قد

---

(١) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى ثلاثاً أم أربعاً فليطرح الشك وليبن على مااستيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم" الحديث .
أخرجه مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب السهو في الصلاة والسجود له ٤٠٠/١ رقم (٥٧١) .

(٢) يشير إلى حديث "ثلاثٌ جِدُّهنَّ جِدٌّ وهَزْلُهنَّ جِد" .
وقد سبق تخريجه ص١٣٣ .

(٣) اثر ابن عمر أخرجه في المدونة ١٧٤/٣ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٣/أ .

(٥) انظر : المدونة ١٣/٣ .

(٦) في أ "طلقتين" .

يمكن أن يكون الطلاق الأول ثلاثاً فرجعت عنده في النكاح الثاني على ملكٍ مُبتَدأٍ ثم طلق ثلاثاً مفترقات ، فلاتحل له إلا بعد زوج ، وكذلك يصنع بعد خامسٍ وسادسٍ ومئة زوج ، إلا أن يبت طلاقها وهي تحته في أي نكاحٍ كان ، فتعود إن رجعت إليه على نكاحٍ مُبتدأٍ يقيناً[1] .

وقاله ابن نافع في غير المدونة[2] .

وروي عن مالك : أنه إن نكحها بعد ثلاثة أزواجٍ زال الشك فيها ، وقاله أشهب وأصبغ[3] .

وقال ابن وهب : إذا طلقها ثلاثاً وإن كن مفترقات فإنها ترجع على ملكٍ مبتدأ .

قال الشيخ : فوجه قول أشهب : أنه لايخلوأن يكون الطلاق الأول طلقةً ، أو طلقتين ، أو ثلاثاً ، فإن كان ثلاثاً فقد تزوجها بعد زوج ، وإن كان اثنتين فقد طلقها بعد أن تزوجها بعد زوجٍ طلقة فصارت ثلاثاً ، ثم تزوجها بعد زوج ، وإن كانت واحدةً فقد طلقها بعد الزوج الأول واحدةً وبعد الزوج الثاني ثانية ، وطلقة الشك الأولى ثالثة ، فوجب أن يزول الشك بعد ثلاثة أزواج ، والله أعلم .

ووجه قول ابن وهب : أنه إذا طلقها ثلاثاً مفترقات يقيناً فقد زال الشك كما لو طلقها الثلاث[4] في كلمة .

ومن المدونة : ومن لم يدر بما حلف ، بطلاقٍ ، أو عتقٍ ، أو مشيٍ ، أو صدقةٍ ، فليطلق نساءه ، ويعتق رقبةً ، ويتصدق بثلث ماله ويمشي إلى مكة ، يؤمر بذلك كله ولايجبر من غير قضاءٍ ، وكذلك إن حلف بطلاق فلم يدر أحنث أم لا ، أمر بالفراق[5] .

وقيل : يقضى عليه ، في غير المدونة[6] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ١٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .

(٢)،(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣١٥/أ .

(٤) في أ "الثاني" .

(٥) انظر : المدونة ١٣،١٢/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٣١٥/أ .

قال الشيخ : ذكر عن أبي عمران : أن ذلك يؤخذ من المدونة :

قال في الذي حلف بطلاق زوجته : إن كلَّم فلاناً ، ثم شك بعد ذلك ، فلم يدر أكلمه أم لا ، أن زوجته تطلق عليه(١) ، فظاهر هذا أنه على الجبر .

وذكر في غير هذا الكتاب : أنه يؤمر ولايجبر(٢) .

قال أبو عمران : وأما مسألة من شك فلم يدر كم طلق ، فهاهنا يستحسن القضاء ، لأن هذا شاكٌ في بقاء عصمته عليها ـ يريد لأنه أيقن بالطلاق وإنما شك في العدد ، فهو أشد ممن لايدري هل وقع عليه طلاق أم لم يقع(٣) .

وقال بعض القرويين في مسألة الذي لم يدر كم طلق ، أثلاثا أو أقل : ليس يقال هاهنا إنها ثلاثٌ بالحكم ، لأنه لو حكم عليه بالثلاث مانفعه أن يذكر في العدة أنه إنما كان طلق أقل من الثلاث فيكون أملك بها(٤) .

قال ابن القاسم في المدونة : وإن كان ذا وسوسةٍ(٥) في هذا فلاشيئ عليه(٦) .

قال ابن حبيب : وإن قال : لاأدري أحلفت فحنثت ، أو لم أحلف ولم أحنث فلاشيئ عليه(٧) .

ابن المواز : قال مالك فيمن قال لامرأته : أنت طالقٌ ، فقيل له : مانويت؟ فقال : لاأدري ، فهي البتة .

قال ابن المواز : لأنه لم يقل : لم أنو شيئاً ، وإنما قال : لاأدري مانويت ، فكأنه نوى شيئاً فنسِيَه(٨) .

---

(١) لأنه لما شك في يمينه التي حلف بها فلايدري لعله في يمينه حانث ، فلما وقع الشك طلقت عليه امرأته . انظر : المدونة ٥/٣ .

(٢) أي بالقضاء ، وإنما يؤمر بفراقها احتياطا . انظر : النوادر والزيادات ل٣١٤/ب .

(٣)،(٤) تهذيب الطالب ل ٤٤/أ .

(٥) أي من حلف بطلاق امرأته ثم لايدري أحنث أم لم يحنث .

(٦) انظر : المدونة ١٤/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ٣١٤/ب .

(٨) المصدر نفسه ل٣١٥/ب .

قال الشيخ : وقيل عن أبي عمران في الذي يقول : جميع[1] الأيمان تلزمني ، قال : تلزمه جميع الأيمان من الطلاق والعتق وغير ذلك .

فقيل له : مايلزمه من الطلاق؟

فقال : هي مسألةٌ متنازعٌ فيها ، والذي أرى أن الواحدة عليه بلاشك ، ويستحب له أن يلزم نفسه الثلاث .

فقيل له : من الأيمان خليّةٌ وبريّةٌ ونحوه؟

فقال : هذا مالاغاية له ، ويلزمه أيضاً :كلما تزوجتك فأنت طالق[2] .

قال بعض فقهائنا : وقال أبو بكر بن عبد الرحمن القروي : تطلق عليه / [١٤٨/أ] زوجته بالثلاث عندي ، لأن الخلية والبرية والحرام وغير ذلك مما تحرم به الزوجة ، فدخل تحت يمينه لقوله[3] : جميع الأيمان تلزمني ، وأنكر ماذهب إليه غيره من أنه تلزمه طلقة .

واستحسن بعض فقهائنا قول أبي عمران[4] قال : ولايكون أسوأ حالاً ممن حلف بالطلاق قصداً إليه ، ولانية له أنه إنما يلزمه المباح من الطلاق ، وهو واحدة[5] .

قال الشيخ : فظهر لي أن قول أبي بكر بن عبد الرحمن أقوى ، لأن الذي يقول : جميع الأيمان تلزمني ، إنما قصد التشديد ، فيجب أن يلزم ذلك ، وإذ أكثر عادات الناس الأيمان بالثلاث في وقتنا ، لأن أكثرها إنما يقع على الجهر ، فيجب أن يلزم ذلك ، ولأن الخلية والبرية تدخل تحت ذلك ، وليس كمن قال : أنت طالق ، لأن هذا قد خصَّ جنساً من الطلاق ، والذي قال : جميع الأيمان ، قد جمع الأيمان ، ومن الأيمان الطلاق واحدةٌ ، والطلاق ثلاثاً ، والخليَّة والبريَّة والبتة فكيف يقصره على أقلها مع مابينا أن الثلاث أكثر أيمان أهل وقتنا ، وأن الذي يقول : جميع الأيمان ، إنما قصد التغليظ سفهاً منه ، والله أعلم .

---

(١) "جميع" ليست في أ ، ب .

(٢) تهذيب الطالب ل ٤٤/أ،ب .

(٣) في أ "كقوله" ، وهو تحريف .

(٤) وهو أنه لاتلزمه إلا طلقة .

(٥) المصدر نفسه ل٤٤/ب .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لزوجته : أنت طالقٌ إن كنتِ دخلتِ الدار ، فقالت : قد دخلتها ، فكذبها ، ثم قالت : كنت كاذبةً ، أو : لم تقل ، فإنه يؤمر بفراقها ولايقضى عليه به ، ولو صدقها أولاً لزمه الفراق بالقضاء وإن رجعت عن إقرارها .

وقال مالك في من سأل زوجته عن شيءٍ فقال لها : إن لم تصدقيني ، أو إن كتمتيني فأنت طالق ألبتة ، فأخبرته ، فليفارقها ولايقيم عليها ، ومايدريه أصدقته أم لا ، وقاله الليث[١] .

وإن قال لها : إن كنت تحبين فراقي فأنت طالقٌ ثلاثاً ، فقالت : إني أحبه ، ثم قالت : كنت كاذبةً ، أو لاعبةً ، فليفارقها ولايقيم عليها ، فإن قال لها : إن كنت تبغضيني فأنت طالقٌ ، فقالت : لاأبغضك ، فلايجبر على فراقها ولكن يؤمر به[٢][٣] .

---

(١) انظر : المدونة ٣/١٤ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .

(٢) وقد تقدمت هذه المسألة في الباب الأول ، انظر ص٦٥٨ .

(٣) انظر : المدونة ٣/٣،٤ ، تهذيب المدونة ص١١٢ .

[الباب الخامس]
في تبعيض الطلاق ، ومن طلق عضواً من امرأته أو قال : إحدى نسائي طالق ، أو طلقتك قبل أن أتزوجك أو أنا صبي ، أو مجنون ، أو طلق بالعجمية

[فصل ١ ـ في تبعيض الطلاق]

ولما لم تنقسم الطلقة الواحدة لزم من طلق بعض طلقة جميع الطلقة كما لم تنقسم الحيضة في الأمة فاعتدت لحيضتين[1] .

قال ابن القاسم : ومن طلق بعض طلقة لزمه طلقةٌ كاملةٌ[2] .

قال ابن شهاب : ويوجَع ضرباً من قال ذلك وهو أملك بها[3] .

قال ربيعة : وإن قال لها : أنت طالقٌ طلقةً ونصفاً لزمه طلقتان ، وإن قال لها : طلقتين ونصفاً فهي ثلاث[4] .

قال ابن القاسم : ومن قال لأربع نسوة له : بينكن طلقةٌ إلى أربعٍ ، طلقن واحدةً واحدةً ، وإن قال : خمسٌ إلى ثمانٍ ، طلقن اثنتين اثنتين ، وإن قال : تسعٌ إلى مافوق ، طلقن ثلاثاً ثلاثاً[5] .

فصل [٢ ـ فيمن طلق عضوا من امرأته]

ومن قال لامرأته : يدك ، أو رجلك ، أو أصبعك طالق طلقت كلها ، وكذلك العتق[6] .

---

(١) تهذيب الطالب ل ٤٤/ب .

(٢)،(٣)،(٤)،(٥)،(٦) انظر : المدونة ١٥/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .

قال الشيخ : لأنه إذا اجتمع الحظر والإباحة في شخصٍ غُلِّب حكم الحظر على الإباحة[١][٢] كالأمة بين الشريكين ، والمُعتَق بعضها ، والشاة يذبحها المجوسي والمسلم .

قال سحنون في كتاب ابنه : ولو قال لها : شعرك طالقٌ ، أو حرامٌ ، فلاشئ عليه ، ولو قال لعبده : شعرك حرٌ ، لم يلزمه عتقٌ ، وليس الشعر / بشيءٍ . [١٤٨/ب]

قلت : قال بعض أصحابنا : تحرم إذا حرم شعرها ، لأنه من محاسنها ومن خلقها حتى يزايلها .

وكذلك لو قال : كلامك علي حرام ، لحرُمت ، لأنه من محاسنها .

قال سحنون : لاأرى عليه شيئاً في الكلام والشعر ، وكذلك قال ابن المواز عن ابن عبد الحكم .

وقال أشهب : إنها تحرم عليه[٣] .

وقال بعض القرويين : إذا طلق كلام امرأته لزمه الطلاق ، لأن من كلام المرأة مالايحل أن يسمعه إلا الزوج ، فقد حرَّم ذلك النوع على نفسه ، فيلزمه الطلاق لهذا ، والله أعلم .

[فصل ٣ ـ فيمن قال : إحدى نسائي طالق]

ومن المدونة : ومن قال : إحدى نسائي ، أو امرأةٌ من نسائي طالق ، أو كان ذلك في يمينٍ حلف بها فحنث ، فإن نوى واحدةً بعينها طلقت التي نوى خاصة ، وصدِّق في القضاء والفتيا ، وإن لم ينوها طلقن كلهن بغير ائتناف طلاقٍ ، لأن الطلاق لايختار فيه بخلاف العتق[٤] .

---

(١) "على الإباحة" ليست في أ ، ب .

(٢) قال أبو الوليد الباجي : وإلى ذلك ذهب ابن القصَّار وأبو إسحاق الشيرازي .
انظر : إحكام الفصول ص٦٧٢ .

(٣) النوادر والزيادات ل٣١٣/أ .

(٤) انظر : المدونة ١٥/٣، ١٦ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .

ابن المواز : وهذا قول المصريين وروايتهم عن مالك ، وقال المدنيون ورواه بعضهم عن مالك : إنه يختار منهن واحدةً كالعتق ، والأول أحب إلينا ، لأن العتق يُبعّض ويُجمع في أحدهم بالسهم ، وليس ذلك في الطلاق[1] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك لو نوى واحدةً فأُنسيها ، طلقن كلهن بغير ائتناف طلاق .

ـ **قال الشيخ** : ولاخلاف في هذا ، وكذلك في العتق إذا قال : أحد عبيدي حرٌ ، ونوى واحداً ، ثم أُنسيه ، فإنه يعتق عليه جميعهم ـ .

قال ابن القاسم : وإن جحد في الطلاق كان كمن لانية له ويطلقن كلهن[2].

قال الشيخ : وفي العتق يختار من تعتق منهم إذا لم ينو واحداً بعينه .

فصل [٤ ـ فيمن قال : طلقتك قبل أن أتزوجك ، أو أنا صبي أو مجنون ، أو طلق بالعجمية]

ومن قال لامرأته : طلقتك قبل أن أتزوجك ، أو : أنا صبيٌ ، فلاشيئ عليه ، وكذلك إن قال : وأنا مجنونٌ ، إن عرف أنه كان به جنون .

ـ وقال سحنون : يلزمه الطلاق ، وذلك ندم منه ـ .

ومن طلق بالعجمية لزمه إن شهد بذلك عدلان يعرفان العجمية[3] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣١٦/أ .

(٢)،(٣) انظر : المدونة ٣/١٤-١٦ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .

[الباب السادس]
جامع القول في الاستثناء في الطلاق

[فصل ١ ــ في تعليق الطلاق بمشيئة الله أو بمشيئة غيره]

ولما أجمعوا أن من نسق يمين الطلاق بفعل[١] كان الحكم لآخر الكلام ، كان كذلك الاستثناء فيه[٢] .

قال مالك : فمن قال لزوجته : أنت طالقٌ إن شاء الله ، لزمه الطلاق ولاثُنيـا له ، لأنه لاعلم لنا بمشيئة الله عز وجل ، فإذا طلقناها عليه علمنـا أن الله عـز وجـل شاء طلاقها[٣] .

قال الشيخ : ولأنا لانعلم بمشيئة الله عز وجل ، ولمـا لم يكـن لنـا طريـقٌ إلى علمها غلَّبنا التحريم ، كما إذا اجتمع في شيءٍ الحظر والإباحة غلَّبنا الحظر .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : إن شاء فلان ، فذلك له ، لأنـه ممـن يوصـل إلى علم مشيئته ، وينظر [إلى][٤] مايشاء فلان ، فإن مات فـلانٌ قبـل أن يشـاء وقـد علم بذلك أو لم يعلم ، أو كان ميتاً قبل يمينه ، فلاتطلق عليه[٥] .

قال الشيخ : لأنه لم يشأ إذا مات قبل أن يشاء .

قال ابن القاسم : وكذلك إذا قـال : أنـت طـالقٌ إن شـاء هـذا الحجـر ، أو الحائط ، فلاشيء عليه[٦] .

قال الشيخ : لأن هذه الأشياء ليس لها مشيئةٌ فيطلقها بها .

وقال سحنون : يلزمه في الحجر ونحوه ولاثُنيا له ، ويُحمل على أنه نادم[٧] .

---

(١) في ز زيادة "كذا" .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل٤٤/ب .

(٣) انظر : المدونة ١٧/٣ .

(٤) من تهذيب المدونة .

(٥)،(٦) انظر : المصدر نفسه ١٦/٣، ١٧ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٣١٢/أ .

قال الشيخ : قال عبد الوهاب : تعليق الطلاق بالمشيئة على ثلاثة أضرب : بمشيئة الله عز وجل ،وبمشيئة إنسان ، وبمشيئة من لايشاء كالحجر ونحوه ، فأما قوله: أنت طالق إن شاء الله ، فلايؤثّر في رفع الطلاق عندنا[١] خلافاً لأبي حنيفة[٢] والشافعي[٣] ، لأنه لو أثّر في ذلك لم يخل أن يكون تأثيره من حيث الشرط أو الاستثناء ، فإن كان من حيث الشرط فلايصح ، لأنه لاسبيل لنا إلى العلم بحصوله ، فإذا كان كذلك فتعليق الطلاق به هزلٌ وعبثٌ ، وقد قال / صلى الله عليه وسلم : [١٤٩/أ] "ثلاثٌ هَزْلُهن جِد ، فذكر الطلاق"[٤] ، وإن كان من حيث الاستثناء فلايصح أيضاً لأن الاستثناء إنما يدخل على مستقبل الأفعال دون ماضيها ، وقوله : أنت طالقٌ ، إيجابٌ وإيقاعٌ فلامدخل للاستثناء فيه .

قال الشيخ : ولأن الاستثناء معنى[٥] يُحِلُّ اليمين المنعقدة كالكفارة ، وقد ثبت أنه لامدخل للكفارة في الطلاق ، فكذلك الاستثناء ، ولأن الكفارة أقوى من الاستثناء ، لأنها[٦] تؤثر[٧] متصلةً ومنفصلةً ، والاستثناء لايؤثر إلا متصلاً[٨] ، فإذا لم تعمل الكفارة في الطلاق كان الاستثناء أحرى أن لايعمل فيه ، ولأنه استثناءٌ يرفع جميعه في الحال ، فوجب أن لايعمل فيه[٩] ، كما لو قال : أنت طالقٌ ثلاثاً إلا ثلاثاً ، وأما تعليق الطلاق بمشيئة زيد فيصح ، لأنه يتوصل إلى علم مشيئته ، فكان كسائر الشروط ، كقوله : أنت طالقٌ إن دخل زيد الدار ونحوه ، وأما الاستثناء بمشيئة الحجر فروايتان : فوجه أن الطلاق يلزمه : فلأنه هزلٌ ، ووجه أنه لايلزمه :

---

(١) انظر : المقدمات الممهدات ٥٧٦/١ ، بداية المجتهد ٧٨/٢، ٧٩ .
(٢) انظر : مختصر الطحاوي ص١٩٩ ، تحفة الفقهاء ١٩٣/٢ .
(٣) انظر : مختصر المزني مع الأم ٢٠٨/٩ ، التنبيه ص١٧٦ .
(٤) سبق تخريجه ص١٣٣ .
(٥) "معنى" ليست في ز .
(٦) "لأنها" ليست في ز .
(٧) في ز "لاتؤثر" .
(٨) في ز "منفصلا" ، وهو تحريف .
(٩) "فيه" ليست في ز .

فلأنه عدم[١] الشرط الذي علق الطلاق به ، والأول أصح[٢] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو كان استثناؤه في يمين بالطلاق على فعل شيء بعد ذكر الفعل أو قبله فلاثُنيا له .

قال الشيخ : وابن الماجشون يرى أن له ثُنيا إذا ردَّ الثُنُيَا إلى الفعل دون الطلاق[٣] ، ولو قال : أنت طالقٌ إلا أن يبدو لي ، لم ينفعه ذلك ، فإن ضمَّنه يميناً فقال : أنت طالقٌ إن فعلت كذا إلا أن يبدو لي ، فذلك له ، وقوله : إلا أن يبدو لي يريد في ذلك الفعل خاصة ، وإن قال : إن شاء الله ، لم ينفعه ذلك[٤] .

فصل [٢ ـ فيمن طلق واستثنى بعض الطلاق]

ومن كتاب ابن سحنون : فإن قال : أنت طالقٌ الطلاق كله إلا نصفه ، أو قال : طالقٌ ثلاثاً إلا نصفها ، لزمته طلقتان .

ـ **قال الشيخ** : وكأنه قال لها : أنت طالقٌ طلقةً ونصفاً ، فجبر عليه النصف الباقي من الطلقة فلزمه طلقتان ـ .

قال : ولو قال : الطلاق كله إلا نصف الطلاق ، لزمته الثلاث ، لأن الطلاق المبهم واحدةٌ ، فاستثناؤه من الواحدة لاينفعه .

ـ **قال الشيخ** : وكأنه[٥] قال لها : أنت طالقٌ طلقتين ونصفاً ، فتلزمه الثلاث وإن قال لها : أربعاً إلا ثلاثاً ، أو مئةً إلا تسعاً وتسعين ، فإن الثلاث تلزمه كمن قال : ثلاثاً إلا ثلاثاً ، لأن اللازم من المئة ثلاث ، ثم رجع[٦] في المجموعة قال : لاتلزمه إلا واحدة ، ولو كانت اللوازم من المئة تكون في المستثنى لكان لو قال :

---

(١) "عدم" مكانها بياض في أ ، ب .

(٢) انظر : المعونة ٢/٦٤٤-٦٤٦ .

(٣) أي فلاشيئ عليه . انظر : تهذيب الطالب ل ٤٥/ب .

(٤) أي تطلق عليه .

(٥) في ز زيادة "لما" .

(٦) أي سحنون .

إلا اثنتين ، تلزمه واحدة ، وهذا تلزمه الثلاث ، وتكون اللوازم فيما أبقى[١] .

قال في كتاب ابنه : وإن قال : أنت طالقٌ ، أنت طالقٌ ، أنت طالقٌ إلا واحدة ، فإن نوى بقوله : أنت طالقٌ ، أنت طالقٌ ، أنت طالقٌ واحدةً[٢] يكررها ليُسمعها ، لزمته واحدةٌ ، كالقائل : أنت طالقٌ واحدةً إلا واحدةً ، وإن[٣] لم يرد يُسمعها ، أو لم تكن له نية ، فهي ثلاثٌ استثنى منها واحدة ، فتلزمه طلقتان[٤] .

وإن قال : أنت طالقٌ ألبتة إلا واحدة ، لزمته طلقتان ، لأن ألبتة صفة الثلاث بنى بها أم لا ، وأنكر[٥] قول من قال : إن ألبتة لاتتبعَّض[٦] .

قال بعض أصحابنا : ويلزم من قال هذا لو شهد شاهدٌ بالبتة ، وشهد آخر بالثلاث ، أن تكون شهادةً مختلفة ، وهذا خلاف قول أهل الحجاز[٧] .

وقال سحنون في المجموعة : إذا قال : أنت طالقٌ ألبتة إلا واحدة ، لزمته الثلاث ، لأن ألبتة لاتتبعض .

وقال أشهب : تتبعض[٨] .

ومن العتبية : قال أصبغ فيمن قال لإحدى نسائه الثلاث : / أنت طالقٌ ألبتة [١٤٩/ب] ثم قال للثانية : وأنت شريكتها ، ثم قال للثالثة : وأنت شريكتها ، فإنهن طوالقُ ألبتة كلهن ، لأنها لاتتبعض .

ولو قال للأولى : أنت طالقٌ ثلاثاً ، وللثانية : وأنت شريكتها ، وللثالثة : وأنت شريكتها ، فإن الأولى والثالثة تقع عليهما ثلاثٌ ثلاثٌ ، وعلى الوسطى

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل ٣١٢/ب

(٢) "واحدة" ليست في ز .

(٣) "وإن" ليست في أ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل٣١٢/أ .

(٥) أي سحنون .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٥/ب .

(٧) لأن معنى ألبتة الثلاث ، وهذا يلزمه الثلاث . المصدر نفسه ل٤٥/ب .

(٨) أي فلايلزمه إلا اثنتين . انظر : المصدر نفسه ل٤٥/ب .

اثنتان ، يريد[١] : أن[٢] الأولى لزمها الثلاث بأول قوله ، والثانية لزمتها طلقتان ، وكأنه قال لها : أنت طالقٌ طلقةً ونصفاً ، والثالثة لزمتها ثلاثٌ ، لأنها لزمها من الأولى طلقتان ومن الثانية طلقة ، فأُكملت عليها ثلاث تطليقات[٣][٤] .

ومن كتاب ابن سحنون عن أبيه : ولو قال لأربع نسوة له : بينكن طلقة ، أو قال : اثنتان ، أو قال : ثلاث ، أو قال : أربع ، لزم كل واحدةٍ طلقة .

ولو قال : أشركتكن في ثلاثٍ ، لزم كل واحدةٍ ثلاثٌ ، ولو قال : أشركت بينكن في طلقتين ، طلقت كل واحدةٍ طلقتين طلقتين[٥] .

قال الشيخ : كأنه إذا قال : بينكن كذا ، فإنما تقسم الجملة المسماة بينهن ، فإذا قال : أشركتكن في ثلاثٍ ، أو في اثنتين ، فكأنه أشركهن في كل طلقةٍ على انفرادها .

قال الشيخ : ولو قال قائل : ذلك سواءٌ كله ، لم أَعِبْه ، إذلافرق بين قوله: بينكن ، أو أشركتكن .

قال أبو محمد : ورأيت لأبي عُبيد القاسم بن سَلاَّم[٦] مسألةً في الاستثناء [قال][٧] : على أصولنا فيمن قال : أنت طالقٌ ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة ، أنها

---

(١) "يريد" ليست في أ .

(٢) في أ ، ب "لأن" .

(٣) "تطليقات" ليست في ز .

(٤) العتبية مع البيان والتحصيل ٣٤٧/٦ .

(٥) تهذيب الطالب ل ٤٥/ب .

(٦) هو أبو عبيد القاسم بن سلاَّم بن عبد الله ، الإمام العلامة ، الحافظ المجتهد ، سمع شُريكاً وابن المبارك وطبقتهما ، له تصانيف كثيرة منها : كتاب الأموال ، وغريب الحديث ، وفضائل القرآن ، الناسخ والمنسوخ ، توفي بمكة بعد أن حج سنة ٢٢٤هـ .
انظر : الطبقات ٢٥٣/٧ ، سير أعلام النبلاء ١٨٣/٩ ، شذرات الذهب ٥٤/٢ .

(٧) من تهذيب الطالب .

اثنتان ، لأنه استثنى من الاستثناء لقول الله عز وجل : ﴿إِلَّآ آلَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ . إِلَّا امْرَأَتَهُ﴾[1] فاستثنى من الاستثناء[2] .

---

(١) سورة الحجر : آية ٥٩، ٦٠ .

(٢) النوادر والزيادات ل٣١٢/أ .

[الباب السابع]
في الطلاق قبل الملك واليمين به

[فصل ١ ـــ في لزوم الطلاق قبل الملك وهل يلزمه إن خص قبيلة؟]

وقد رأى عمر وابن عمر وابن مسعود وغيرهم وعددٌ كثيرٌ من التابعين[١] أن من حلف بطلاق امرأةٍ إن تزوجها أن ذلك يلزمه[٢] ، وكذلك إن خصَّ قبيلةً ، قال بعضهم : أو ضرب أجلاً ، وأما إن عمَّ فلاشيء عليه[٣] .

قال ربيعة : لأن الله عز وجل لم يجعل الطلاق إلا رحمةً ولاالعِتاقة إلا أجراً ، فإلزامه هذا من الهَلَكة[٤] .

قال غيره : وهذا من الحرج الذي رفعه الله عز وجل عن هذه الأمة بقوله : ﴿وَمَاجَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[٥] ، يقول : من ضِيق .

قال عبد الوهاب : وقال الشافعي : إن ذلك لايلزمه سواءٌ عمَّ أو خص[٦] ، وقال أبو حنيفة : إن ذلك يلزمه سواءٌ خصَّ أو عم[٧] ، والدليل على الشافعي في أنه إن خصَّ أو عمَّ أن ذلك لايلزمه ، قوله عز وجل :﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾[٨] ، ولأنه

---

(١) كسليمان بن يسار وسالم بن عبد الله والقاسم بن محمد وابن شهاب .

(٢) أخرج أثر عمر وابن مسعود عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق قبل النكاح ٤٢٠/٦، ٤٢١ رقم (١١٤٧٤، ١١٤٧٠) .
وهما مع أثر ابن عمر في المدونة ٢٧/٣ .

(٣) تهذيب الطالب ل ٤٤/ب .

(٤) انظر : المدونة ٢٨/٣ .

(٥) سورة الحج : آية ٧٨ .

(٦) انظر : مختصر المزني مع الأم ٢٠٢/٩ .

(٧) انظر : مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٤٦/٣ .

(٨) سورة المائدة : آية ١ .

أضاف الطلاق إلى حال يملك فيه ابتداء إيقاعه ، فصح ذلك اعتباراً به إذا أضافه إلى حال طريق الملك ، مثل أن يقول لزوجته : إذا دخلت الدار فأنت طالق .

والدليل على أبي حنيفة في أنه يلزمه وإن عم : قوله عز وجل : ﴿لَا تُحَرِّمُوا۟ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ﴾[(١)] ، ولأنه سدَّ على نفسه طريق استباحة البضع ، فوجب أن لايلزمه ، لأن في ذلك تعريض نفسه للزنا ، وماأدى إلى ذلك فهو ممنوع،أصله عدم الحر لمهر الحرة أنه يجوز معه نكاح الأمة ، لأنه لو لم يجز له[(٢)] ذلك لأدى إلى التعريض للزنا ، وكذلك مسألتنا[(٣)] .

[فصل ٢ ــ فيمن قال : كلما تزوجتك ، أو إن تزوجتك أبدا فأنت طالق]

ومن المدونة : قال مالك : ومن قال لامرأة : كلما تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً ، فالطلاق يعود عليه أبداً كلما تزوجها ، ولو قال : إن تزوجتك أبداً ، أو إذا أو متى ما ، فإنما يحنث بأول مرة ، إلا أن يريد أن (متى ما) مثل (كلما) ، فتكون مثلها.

وإن قال لأجنبية : إن وطئتك ، أو يوم / أكلمك فأنت طالق ، ثم تزوجها ، [١٥٠/أ] وفعل ذلك فلاشيء عليه إلا أن ينوي إن تزوجتك[(٤)] .

---

(١) سورة المائدة : آية ٨٧ .

(٢) "له" ليست في أ .

(٣) انظر : المعونة ٨٤٢/٢،٨٤٣ .

(٤) انظر : المدونة ١٧/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .

فصل [٣ ـــ فيمن طلق قبل الملك وعم]

قال مالك : ومن عمَّ فقال : كل امرأةٍ أتزوجها طالق ، فلاشئ عليه ، لأنه عمَّ تحريم ماأحل الله عز وجل له ، كان له يومئذٍ أربع زوجات فأدنى أو لازوجة له طلق بعض زوجاته أو لا ، قال ذلك في يمين مُضَمَّنةٍ بفعل ، أو في غير يمين مُضَمَّنةٍ وله أن ينكح حتى يُكمل أربعاً ، ولو طلق كل امرأةٍ في عصمته لزمه ذلك ، وله أن يتزوج إن شاء .

وإن قال لزوجته : إن دخلت أنا ، أو أنت الدار فكل امرأةٍ أتزوجها طالق ، أو بدأ بذكر التزويج قبل دخول الدار ، ثم تزوج امرأة ، ثم دخل الدار ، أو دخلت هي فلاشئ عليه فيها ، ولافيمن نكح بعدها[(١)] .

فصل [٤ ـــ فيمن طلق قبل الملك وعم واستثنى مدينة]

وإن قال : كل امرأةٍ أتزوجها إلا من الفسطاط طالقٌ ، لزمه ، أو قال : إن لم أتزوج إلا من الفسطاط فكل امرأةٍ أتزوجها طالقٌ ، لزمه الطلاق فيمن تزوج[(٢)] من غيرها .

قال سحنون في قوله : إن لم أتزوج من الفسطاط فكل امرأةٍ أتزوجها طالق، إن تزوج من غيرها وُقِف ، ودخل عليه الإيلاء[(٣)] .

ومن العتبية : روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن حلف بطلاق كل امرأةٍ يتزوجها بمصر ، ثم حلف بطلاق كل امرأةٍ يتزوجها بغير مصر ، فلايلزمه اليمين الثانية ، وليتزوج بغير مصر ماشاء ، ولو كانت يمينه أولاً على غير مصر ، ثم حلف بطلاق من يتزوج بمصر ، فاليمين الثانية ساقطة ، ويتزوج من مصر[(٤)] .

---

(١) لأنه كمن لم يحلف .
انظر : المدونة ١٧/٣، ١٨ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .
(٢) "فيمن تزوج" ليست في أ .
(٣) انظر : المدونة ١٨/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .
(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٦٤/٦ .

قال ابن سحنون عن أبيه في الحالف بطلاق من يتزوج من قُرْطُبَة ، قال : لايلزمه إلا في قُرطُبة وأَرْبَاضِها[1] ، ولو قال : من القيروان لم يلزمه إلامن المدينة نفسها .

ولو تزوج من منزل العلويين لم يلزمه[2] شئ ، ولم ير[3] بعض أصحابنا أنه يلزمه فيمن يلزمه السعي إلى الجمعة إلا أن ينوي إعمالها فيلزمه إعمالها ، لأن القياس أن يلزمه فيما تقصر في مثله الصلاة ، فعاب سحنون هذا كله ،وقال : هذا القائل لو تزوج هذا من أبعد مايلزمه فيه الجمعة ودون ماتُقْصر فيه الصلاة لم أفسخه ، وأنهاه قبل وقوعه .

قال سحنون[4] : وهذا من قوله صواب[5] .

ومن العتبية والموازية والواضحة : قال ابن القاسم : وإن قال : كل امرأةٍ أنكحها بأرض الإسلام طالقٌ ، فإن كان يقدر على دخول أرض العدو والنكاح بها وإخراجها لزمه ، وإلا لم يلزمه اليمين .

قال ابن المواز : وقال أصبغ : لايلزمه وإن قدر على دخولها ، كمن استثنى قريةً صغيرةً ، أو عدداً قليلاً .

قال أبو محمد : في أرض الحرب / مايأتيه المسلمون وهي مُتَّجَرٌ لهم ، فإن [١٥٠/ب] أراد هذا لزمه ، وإن أراد مثل إفرنجة ونحوها لم يلزمه[6] .

ومن المدونة : قال مالك : وإن قال : كل امرأةٍ أتزوجها فهي طالقٌ إلا من قرية كذا ، لقريةٍ صغيرةٍ ليس فيها مايتزوج ، فلاشئ عليه .

---

(١) الرَّبَض : هو ماحول المدينة ، وقيل : هو الفضاء حول المدينة .
انظر : اللسان ، مادة (رَبَضَ) .

(٢) "لم يلزمه" ليست في .

(٣) في جميع النسخ زيادة "قول" .

(٤) في أ "ابن سحنون" ، وهو خطأ .

(٥)،(٦) النوادر والزيادات ل ٣٠٧/أ ، تهذيب الطالب ل ٤٤/ب .

قال مالك : وكذلك إن قال : إلا فلانة ، وهي ذات زوجٍ أم لا ، فلاشيء عليه .

قال ابن القاسم : وكذلك إن قال : إن لم أتزوج فلانةً فكل امرأةٍ أتزوجها طالق ، فلاشيء عليه[1] .

فصل [٥ ــ فيمن طلق قبل الملك وعم وضرب لذلك أجلا]

قال مالك : وإن قال : كل امرأةٍ أتزوجها إلى ثلاثين سنة ، أو أربعين سنة طالق ، فذلك يلزمه إذا أمكن أن يحيا إلى ما[2] أجّل من الأجل ، فإن خشي العنت في التأجيل ولم يجد مايتسرَّر به فله أن ينكح ولاشيء عليه[3] .

قال ابن المواز : قيل لابن القاسم : في كم من الأجل إذا ضربه تعذُره إن خاف العنت؟

قال : لاأحدُّه ، ولاأشك أن عشر سنين كثيرةٌ يُعذَر بها . قال أصبغ : بعد تَصَبُّرٍ وتَعَفُّفٍ .

وقال أشهب وابن وهب : لايتزوج وإن خاف العنت في تأجيل ثلاثين سنة .

قال ابن القاسم : نكاحه أولى من الزنا ، وقد اختُلف في هذا النكاح فأجازه ابن المسيب وغيره .

ولو حلف بعتق مايملك من الجواري في هذا الأجل لم يُعذر بخوف العنت .

ابن المواز : قال أصبغ : وهما في القياس سواء ، ولكن قوله أحب إلي لقوة العتق وضِيقه ، وسَعة الناس[4] في النكاح[5] .

---

(١) انظر : المدونة ٣/١٨ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .

(٢) "ما" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٣/١٨ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .

(٤) "الناس" ليست في ز .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٠٩/أ .

قال ابن القاسم في العتبية : إن صاحب الشُّرَط كتب إليَّ في رجلٍ تزوج امرأةً حلف بطلاقها إن تزوجها ، فكتبت إليه : لايفسخ نكاحه ، وقد أجازه ابن المسيب[١] ، وكان المخزومي ممن حلف أبوه على أمه بمثل هذا[٢] .

قال ابن القاسم : ومن قال : إن تزوجت فلانة بمصر فهي طالقٌ ، فتزوجها فطلقت عليه ، ثم تزوجها ، قال : يلزمه الطلاق كلما تزوجها[٣] .

وقال ابن المواز[٤] : لايحنث إلا مرةً واحدة[٥] .

ابن سحنون : ومن حلف بطلاق من يتزوج على امرأته فذلك يلزمه ، وكذلك إن قال : إن تزوجت عليك فلانة فهي طالق ، أو شرط ذلك في أصل النكاح ، ويتكرر فيها الحنث متى ما[٦] تزوجها ، وإن كانت بعينها ، ومخرج هذا [كأنه قال] [٧] : كل امرأة أجمعها معك طالقٌ ، فصارت كغير معينة ، وكذلك قال ابن القاسم : المعينة وغيرها في هذا سواء[٨] .

وروى عنه عيسى : أنه لايحنث في المعينة في هذا إلا مرةً واحدة ، ثم لاشيء عليه[٩] .

ومن المدونة : قال مالك : وإن قال : إلى مئتي سنة ، أو كان شيخاً ، وضرب أجلاً يعلم أنه لايبلغه فلاشيء عليه .

قال : وإن خصَّ قبيلةً أو بلدةً كقوله : كل امرأةٍ أتزوجها من مصر ، أو هَمَدَان[١٠] ، أو الشام فهي طالقٌ ، فتزوج منها امرأةً طلقت عليه ، ثم كلما

---

(١) أي لما قال له رجل : حلفت بطلاق فلانة إن تزوجتها؟ قال : تزوجها وإثمك في رقبتي .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٦/٣٣٥ .

(٣) تهذيب الطالب ل ٤٥/أ .

(٤) في ز "ابن المسيب" ، وهو خطأ .

(٥) لأنها معينة . المصدر نفسه ل٤٥/أ .

(٦) "ما" ليست في ز .

(٧) من تهذيب الطالب .

(٨) المصدر نفسه ل٤٥/أ .

(٩) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٦/١١٥ ، تهذيب الطالب ل ٤٥/أ .

(١٠) همدان : قبيلة من اليمن . انظر : اللسان ، مادة (هَمَدَ) .

تزوجها أبداً ولو بعد ثلاث عادت عليه فيه اليمين وطلقت ، لأنه لم يحلف على عينها ، وترجع إذا طلقت عليه كإحدى نساء تلك البلدة ، وكذلك إن قال : من الموالي ، وتحته امرأة منهن ، فلاتطلق عليه ، فإن طلقها ، ثم تزوجها طلقت عليه .

وإن قال : كل امرأةٍ أتزوجها ماعاشت فلانة فهي طالق ، لزمه ، لأنه أجلُ آت ، كانت فلانة تحته أم لا ، فإن كانت فلانة تحته فطلقها . فإن نوى بقوله : ماعاشت ، أي : مادامت تحتي فله أن يتزوج ، ويقبل منه ، كانت على يمينه بينة أم لا ، وإن لم تكن له[1] نية فلايتزوج مابقيت .

قال ابن القاسم : إلا أن يخشى العنت[2] .

فصل [٦ ـــ فيمن طلق قبل الملك ثلاثا وخص ثم تزوج ودخل]

قال مالك : ومن قال : كل امرأةٍ أتزوجها من الفسطاط طالقُ ثلاثاً ، فتزوج منها ودخل[3] ، فعليه صداقُ واحدُ ، لاصداق ونصف ، كمن وطئ بعد حنثه في الطلاق و لم يعلم ، فإنما عليه المهر الأول الذي سمّى[4] .

قال ابن القاسم : / وليس عليها عدة الوفاة إن دخل بها ثم مات ، إنما عليها ثلاث حيض[5] . [١٥١/أ]

قال عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة : لها مهرُ ونصفُ[6] ، ودليلنا : أنا اتفقنا[7] أنه واطئُ بشبهة العقد الأول ، ولاحد عليه ، إذ لايجتمع الحد والمهر ، فإذا

---

(١) "له" ليست في أ ، ب .
(٢) انظر : المدونة ٣/١٨-٢٠ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .
(٣) في أ ، ب "أو" بدل "الواو" .
(٤)،(٥) انظر : المدونة ٣/٢٣ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .
(٦) انظر : مختصر الطحاوي ص٢٠٣ .
(٧) "أنا اتفقنا" ليست في ز .

كان واطئاً بشبهة العقد الأول[١] لم يلزمه إلا مهرٌ واحدٌ اعتباراً بسائر الأنكحة الفاسدة إذا وطئ فيها[٢] .

قال الشيخ : قال ابن الكاتب : وقد أجمع المسلمون على أن النكاح الفاسد وإن تكرر الوطء فيه ليس فيه إلا صداقٌ واحدٌ ، وهو الذي وجب أولاً ، فكان مابعده داخلاً في حكمه وإن كان لايجوز [ذلك][٣] فكذلك ماقلناه[٤] .

[فصل ٧ ـ فيمن طلق قبل الملك ووكل من يزوجه]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن وكَّل من يزوجه ، ولم يحضر عليه ، فزوجه من الفُسْطَاط ، لزمه النكاح ، وطلقت عليه إلا أن ينهاه عن الفُسْطَاط .

ـ **قال الشيخ** : يريد : فلايلزمه النكاح إذا ثبت النهي ـ .

قال ابن القاسم : وقد قال مالك فيمن حلف ألاَّ يبيع سلعة كذا ، فوكَّل غيره فباعها : إنه حانثٌ ، فهذا عندي مثله[٥] .

قال ابن حبيب : ومن حلف بطلاق من يتزوج بقرطبة ، فوكَّل من يزوجه ، فعقد عليه نكاح امرأةٍ بقرطبة ، فإنها تطلق عليه ، ولها عليه نصف الصداق ، ثم يُنظَر فإن كان ذكر للوكيل يمينه فضمان نصف الصداق على الوكيل ، وإن لم يذكر ذلك له فلايضمن الوكيل شيئاً ، وذلك على الحالف[٦] .

قال أبو محمد : إذا نهاه عن نساء قرطبة لم يلزمه طلاقٌ ولانكاح .

---

(١) "الأول" ليست في ز .

(٢) انظر : المعونة ٢/٨٤٣ .

(٣) من تهذيب الطالب .

(٤) تهذيب الطالب ل ٤٥/أ .

(٥) انظر : المدونة ٣/٢٣ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .

(٦) النوادر والزيادات ل٣٠٧/ب .

فصل [٨ ــ فيمن حلف بطلاق من يتزوجها على زوجته ثم طلق زوجته ثلاثا ثم تزوج امرأة ثم تزوج الأولى]

ومن المدونة : قال مالك : ومن قال لزوجته : كل امرأة أتزوجها عليك طالق ، فطلق المحلوف لها ثلاثاً ، ثم تزوج امرأةً ثم تزوج المحلوف لها بعد زوج ، أو تزوجها قبل[١] زوج[٢] ، ثم تزوج عليها ، فلاشيء عليه فيهما[٣] .

قال الشيخ : وكأنه رأى أنه إذا طلق المحلوف لها ثلاثاً ، ثم تزوجها بعد زوجٍ فكأنها غيرها لزوال العصمة التي حلف لها فيها ، وأما إن طلق المحلوف لها واحدةً فانقضت عدتها ثم تزوجها ، ثم تزوج عليها أجنبية ، أو تزوج الأجنبية ، ثم تزوجها هي عليها ، فإن الأجنبية تطلق عليه في الوجهين مابقي من طلاق الملك الأول شيء ، ولاحجة له إن قال : تزوجتها على غيرها ولم أنكح غيرها،ولاأُنوِّيه إن ادعى نية ، لأن قصده ألاَّ يجمع بينهما .

قال ابن المواز : والذي هو أثبت عندنا إذا طلقها ألبتة ، ثم تزوجها بعد زوجٍ فإنما يزول عنه كل يمينٍ حلف[٤] بطلاقها نفسها ، أو كل شرطٍ فيها ، أو يملِّكها نفسها ، فأما ماكان بطلاق غيرها كقوله : كل امرأة أتزوجها عليك طالقٌ ، أو : إن تزوجت عليك فلانة فهي طالقٌ ، فطلقها ثلاثاً ، ثم نكحها بعد زوجٍ ، أن ذلك لازمٌ له ، ورواه ابن وهب عن مالكٍ فيما أظن ، وقاله أشهب ، وأخذ به أصبغ[٥] .

---

(١) في ز "بعد" .

(٢) "قبل زوج" ليست في أ ، ب .

(٣) أي في امرأته والتي تزوج .
انظر : المدونة ٣/٢٠ ، تهذيب المدونة ص١١٣ .

(٤) "حلف" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٣/ب .

قال أشهب : وكذلك قوله : إن تسرَّرت عليك فهي حرةٌ ، أو : تزوجت عليك فعبدي حرٌ ، قال : أبداً ، أو لم يقل ، فهو على الأبد حتى ينوي غير ذلك ، وهو كالحالف بالله عز وجل ، أو بالمشي ألا أطؤك ، فلايزيل يمينه هذه طلاقه إياها ألبتة إن تزوجها بعد زوج ، إلا أن يكون نوى هذا الملك ، قال : وإنما يسقط أيمانه بطلاقها وظهارها .

[فصل ٩ ــ فيمن قال : إن تزوجت عليك فأمرها بيدك]

ومن المدونة : قال مالك : وكذلك إن قال : إن تزوجت عليك فأمر التي أتزوج عليك[1] بيدك ، على وجوه المسألة الأولى ، يكون ذلك بيدها مابقي من طلاق ذلك الملك الأول شيء ، / سواء كان مشترطاً في عقد النكاح أو تبرع به بعد العقد[2] . [١٥١/ب]

قال ابن حبيب فيمن شرط أن الداخلة على امرأته طالق ، فجهل فنكح عليها فليفرق بينهما متى ماعُثر عليه ، ولها نصف الصداق ، وإن بنى بها فلها جميعه ولاميراث لها إن مات قبل الفراق ، وإن كان ولدٌ لَحِقَ به وورثه ، ولو عُثر عليه قبل موته وهو مقرٌ بالشرط لم يلحق به الولد ورُجِم[3] .

قال أبو محمد : انظر قوله : ويرجم ، وهذا نكاحٌ مُختلَفٌ فيه[4] ، وابن القاسم يقول[5] : يتوارثان قبل الفسخ[6] .

---

(١) "عليك" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٣/٢٠،٢١ ، تهذيب المدونة ص١١٣،١١٤ .

(٣) تهذيب الطالب ل ٤٥/أ .

(٤) "فيه" ليست في أ .

(٥) "يقول" ليست في ز .

(٦) المصدر نفسه ل ٤٥/أ .

قال ابن حبيب : ولو أنكر وقامت عليه بذلك بينةٌ فرق بينهما ولم يُحد[1] ، كمن شُهِدَ عليه بالطلاق وهو يجحد .

قلت : فمن طلق في سفر ، ثم قدم فجحد فتقوم البينة بعد موته فقد قال مالك : ترثه ، وقلت أنت في المسألة الأولى : لاترثه؟

قال : لأن التي فيها الشرط بانت منه بالعقد ، فلم يملك عصمتها إلا مع طلاق قارن العصمة ، والأخرى فارقها بعد عصمةٍ مستقرةٍ ، فإنما يثبت ذلك عليه بعد موته[2] .

[فصل ١٠ ــ فيمن شرط لها إن تزوج عليها فأمر نفسها بيدها]

ومن المدونة : قال مالك : وإن شرط عند نكاحه إن تزوج عليها فأمر نفسها بيدها ، ففعل ، فلها أن تطلق نفسها بالثلاث ، ولامناكرة له هاهنا ، بنى بها الزوج أو لم يبن .

قال ابن القاسم : لأنها حين اشترطت إنما اشترطت ثلاثاً ، فلاتبالي دخل بها أم لا ، فإن طلقت نفسها بالثلاث بانت منه ، وإن طلقت نفسها واحدةً وقد بنى فله الرجعة ، وإن لم يبن بها بانت منه بالواحدة[3] .

قال أبو محمد : أعرف لسحنون وغيره : أن الطلقة لارجعة له فيها ، لأنها تشترط في أصل النكاح .

قال ابن القاسم : وإن طلقت [نفسها][4] واحدةً ولم تُوقَف فليس لها أن تزيد عليها كالتي توقَف فتطلق واحدةً فقد تركت مازاد عليها .

---

(١) "ولم يحد" ليست في ز .

(٢) المصدر نفسه ل٤٥/أ .

(٣) انظر : المدونة ٢١/٣، ٢٢ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .

(٤) من المدونة .

قال : ولو نكح عليها امرأةً فلم تقض فلها أن تقضي إن نكح ثانية أي الطلاق شاءت[١] وتحلف : مارضيت إلا بالأولى ، وماتركت الذي كان لها من ذلك .

قال : ولو طلق الأولى ، ثم راجعها بنكاح فللملّكة[٢] القضاء ، وليس رضاها أولاً[٣] بلازمٍ لها مرة أخرى[٤] .

وقد ذكرنا هذه المسألة مُوعَبةً في كتاب التخيير[٥] .

[فصل ١١ــ فيمن طلق ثلاثا إن لم يتزوج عليها اليوم فنكح نكاحا فاسدا]

ومن قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً إن لم أتزوج عليك اليوم ، فتزوج نكاحاً فاسداً طلقت عليه ، لأن مالكاً قال فيمن قال لأمته : أنت حرةٌ إن لم أَبِعْكِ اليوم ، فباعها[٦] فأُلفِيَت حاملاً منه : أنها تعتق عليه[٧] .

قال حمديس : يُنظر في فساد النكاح ، فإن كان مما يقر بعد البناء ، فبنى بها من يومه برَّ في يمينه ، وإن لم يبن بها حتى مضى ذلك اليوم حنث ، وإن كان النكاح مما يفسخ قبل البناء وبعده ، فلايخرجه ذلك من يمينه على حال .

---

(١) في ز "أن الطلاق بات" ، وهو تحريف .

(٢) "فللملّكة" مكانها بياض في أ ، ب .

(٣) "أولا" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٢٢/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .

(٥) وسيأتي ، وهو الكتاب العاشر .

(٦) "فباعها" ليست في ز .

(٧) لأنه لابيع له فيها حين كانت حاملاً .
انظر : المدونة ٢٢/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .

قال الشيخ : يريد إلا أن يفسخ ذلك النكاح ، ثم يتزوجها نكاحاً صحيحاً في ذلك اليوم ، فإنه يبر ، وكذلك إن تزوج غيرها فيه .

وقال سحنون في الأمة التي حلف ليبيعنها فباعها فـأُلفِيَت حـاملاً : ينبغـي إن كانت مستبرأةً عنده حين يمينه وبيعه أن لاتعتق عليه ، لأنه حلف على مايجوز له .

قال سليمان : قال سحنون : والذي احتج بها رواية غـير معتدلـة ، ولاتعتـق عليه الأمة كمسألة مالكٍ في الحمامات .

ومن المدونة : قلت : فإن نكح على الزوجة الحرة أمة؟

قال : آخر مافارقت مالكاً عليه : أن نكاح الأمة على الحرة جـائز ، والخيـار في هذا للحرة ، في أن تقيم معه ، أو تفارقه بطلقة[1] .

قال حمديس : يبرُّ في يمينه[2] إن كانت الأمة من نسائه[3] . / [١٥٢/أ]

---

(١) انظر : المدونة ٣/٢٣ .

(٢) أي إذا تزوج الأمة .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٦/أ .

[الباب الثامن]
فيمن كتب إلى زوجته أو أرسل إليها بالطلاق وطلاق الأخرس والسكران والمكره والسفيه والصبي والكافر والعبد

[فصل ١ ــ فيمن كتب إلى زوجته أو أرسل إليها بالطلاق]

قال مالك : ومن قال لرجل : أخبر زوجتي بطلاقها ، أو أرسل إليها بذلك رسولاً ، وقع الطلاق حين قوله للرسول ، بلَّغها الرسول أو لم يبلِّغها ذلك وكتمها وإن كتب إليها بالطلاق ، ثم حبس كتابه ، فإن كتبه مُجمِعَاً على الطلاق ، لزمه حين كتبه ، وإن كان ليشاور نفسه ، ثم بدا له ، فذلك له ، ولايلزمه طلاق[1] .

قال ابن القاسم : ولو أخرج الكتاب من يده عازماً ، وقد كتبه غير عازم ، لزمه حين أخرجه من يده ، وإن كان أخرجه غير عازمٍ فله رده مالم يبلُغها ، فإن بلغها لزمه[2] .

قال أبو محمد : وروي عن مالكٍ أنه قال : إذا أخرجه من يده لزمه كاللفظ بالطلاق ، والإشهاد به[3] .

قال ابن المواز فيمن أراد أن يكتب إلى زوجته بالطلاق : فأما أشهب فأجاز أن يكتب إليها : إذا طهرت من حيضتك فأنت طالقٌ ، ولم يجعل لذلك أجلاً ، ورآه ابن القاسم كالمطلق إلى أجل[4] .

قال ابن المواز : وأحب إلي أن يكتب إليها : إذا جاءك كتابي هذا فإن كنت حضت بعدي حيضة ، ثم طَهُرت ، وأتاك كتابي وأنت طاهرٌ فأنت طالقٌ ، وإن كانت حاملاً كتب إليها : وإن أدركك كتابي وأنت حاملٌ ، أو قد وضعت وطَهُرت فأنت طالقٌ ، وإن كانت يائسةً أو لم تحض طلقها متى شاء ، وكتب إليها بذلك .

---

(١)،(٢) انظر : المدونة ٣/٢٣،٢٤ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .

(٣)،(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٠٠/ب .

وروى[١] ابن حبيب : عن النخعي : إذا كتب إلى زوجته : إذا جاءك كتابي فأنت طالقٌ ، فلم يأتها الكتاب فليس بشيءٍ ، وإن كتب إليها : فأنت طالقٌ[٢] ، فذلك جائز[٣] .

فصل [٢ ــ في طلاق الأخرس]

قال مالك : وماعُلِمَ من الأخرس بإشارةٍ أو كتابٍ من طلاقٍ ، أو خلعٍ ، أو عتقٍ ، أو نكاحٍ ، أو بيعٍ ، أو شراءٍ ، أو قذفٍ ، لزمه حكم المتكلم ، ويُحد قاذفه ، ويُقتص منه وله في الجراح[٤] .

فصل [٣ ــ في طلاق السكران]

قال مالك : ويلزم السكران طلاقه وخلعه وعتقه ، وإن قَتَلَ قُتِل ، لأن معه بقيةً من عقله ، ولم يُرفع القلم عنه[٥] .

قال البخاري : وقال عثمان وابن عباس : ليس للسكران طلاق[٦] .

ومن العتبية : قال أصبغ عن ابن القاسم فيمن أسقى السكران ، ثم حلف بطلاقٍ ، أو عتقٍ : فلاشيء عليه ، وهو كالبِرْسَام[٧] ، وهو لم يُدخله على نفسه ، وقاله أصبغ .

---

(١) "وروى" مكانها بياض في أ ، ب .

(٢) في ز زيادة "حين كتابي هذا" .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٣٠٠/ب .

(٤)،(٥) انظر : المدونة ٢٤/٣، ٢٥ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .

(٦) انظر : صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق في الإغلاق والمكره والسكران والمجنون ١٦٨/٦ .

(٧) البرسام : وَرَمٌ حارٌ يَعرِض للحجاب الذي بين الكبد والمعي ثم يتصل بالدماغ ، وهو معرَّب . المصباح المنير ص٤١، ٤٢ .

وقال أصبغ : ولو قصد شربه على سبيل الدواء والعلاج فأصابه مابلغ ذلك منه ، فلاشيء عليه ، وليس كشارب الخمر[1] .

فصل [٤ ـ في طلاق المبرسم والمجنون]

قال مالك : وماطلق المُبرسَم أو المحموم في هذيانه وعدم عقله لم يلزمه ، والمجنون الذي يفيق أحياناً ، فما طلق في حال إفاقته يلزمه وماطلق في حال جنونه لم يلزمه ، وكذلك المعتوه المطبق لايلزمه ماطلق[2] [3] ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "رُفِع القلم عن ثلاث ـ فذكر ـ المجنون حتى يفيق ، والصبي حتى يحتلم والنائم حتى ينتبه"[4] ، ولأن من لايصح نكاحه لايصح طلاقه ، اعتباراً لأحد الطرفين بالآخر[5] .

فصل [٥ ـ في طلاق المكره]

قال مالك : ولايلزم المُكرَه ماأُكْرِه عليه من طلاقٍ ، أو نكاحٍ ، أو خلعٍ ، أو عتقٍ ، أو غيره[6] .

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣١٣/٦ .

(٢) "لايلزمه ماطلق" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٢٤/٣، ٢٥ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .

(٤) أخرجه أبو داود ، كتاب الحدود ، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً ٥٥٨/٤ رقم (٤٣٩٨) ، والنسائي ، كتاب الطلاق ، باب من لايقع طلاقه من الأزواج ١١٤/٦ رقم (٣٤٣٢) ، وابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم ٦٥٨/١ رقم (٢٠٤١) ، وابن حبان ، كتاب الإيمان ، باب التكليف ١٧٨/١ رقم (١٤٣) وصححه ، والحاكم ، كتاب الصلاة ٣٨٩/١ رقم (٩٤٩) وقال : صحيح على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي .

(٥) انظر : المعونة ٨٤٠/٢ .

(٦) انظر : المدونة ٢٤/٣، ٢٥ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .

وقد رفع الله سبحانه الإثم بالإكراه في القول بقوله عز وجل : ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِٱلْإِيمَانِ﴾[١] ،وقال تعالى : ﴿إِلَّآ أَن تَتَّقُواْ مِنْهُمْ تُقَاةً﴾[٢] ، / [١٥٢/ب] وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : "رُفِع عن أمتي الخطأ والنسيان وماستكرهوا عليه"[٣] ، وقال ابن مسعود : مامن كلامٍ يدرأ عني سوطين إلا كنت متكلماً به[٤].

فصل [٦ ـ في طلاق السفيه]

قال مالك : والسفيه في حاله ، المخدوع في عقله يلزمه طلاقه[٥] .

قال الشيخ : لأنه من أهل التكليف ، وإذ ليس في ذلك إتلاف ماله ، وكعتقه أم ولده .

فصل [٧ ـ في طلاق الصبي]

قال مالك : ولايجوز طلاق الصبي حتى يحتلم[٦] ، لأنه رفع عنه القلم إلى ذلك الوقت ، قال الله عز جل : ﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَالُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُواْ﴾ الآية[٧] ، فجعل الفرض عليهم بالبلوغ ، ولأن طلاقه إزالة ملكٍ كالعتق ، فكما لايلزمه العتق كذلك لايلزمه الطلاق[٨] .

---

(١) سورة النحل : آية ١٠٦ .

(٢) سورة آل عمران : آية ٢٨ .

(٣) أخرجه ابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المكره والناسي ٦٥٩/١ رقم (٢٠٤٥) ، والدارقني ، كتاب النذور ١٧٠/٤،١٧١ رقم (٣٣) ،وابن حبان ، كتاب أخباره صلى الله عليه وسلم عن مناقب الصحابة رجالها ونسائهم ، باب فضل الأمة ١٧٤/٩ رقم (٧١٧٥) وصححه ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢١٦/٢ رقم (٢٨٠١) وقال : صحيح على شرط الشيخين ، ووافقه الذهبي .

(٤) أي ولاإثم عليَّ في ذلك لكونه بسبب الإكراه ، وهو من عوارض التكليف كما هو معلوم . أخرجه في المدونة ٢٩/٣ .

(٥)،(٦) انظر : المصدر نفسه ٢٥/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .

(٧) سورة النور : آية ٥٩ .

(٨) انظر : المعونة ٨٤٠/٢ .

قال الشيخ : انظر إلى الفرق بين طلاقه وعتقه .

فصل [٨ ـــ في طلاق الكافر]

قال مالك : وإذا أسلمت الذمية وزوجها ذمي ، فطلقها وهي في[1] عدتها لم يلزمه طلاقه ، وإن أسلم بعد ذلك[2] .

وقد أحبط الله عز وجل عمل أهل[3] الكفر في كتابه[4] ، وقال صلى الله عليه وسلم : "الإسلام يَجُبُّ ماقبله"[5] .

فصل [٩ ـــ في طلاق العبد]

قال في كتاب النكاح : وطلاق العبد طلقتان ، وأجله في الفقد والاعتراض والإيلاء نصف أجل الحر[6] .

قال الشيخ : وإنما قال ذلك لأن هذه الأشياء كالحدود ، وتجرُّ إلى مايوجبها وقد قال الله عز وجل في الحدود : ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَاتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾[7] فوجب أن يكون طلاقه طلقتين ، لأن الواحدة لاتنقسم فجُبرت عليه .

قال في كتاب الإيلاء : ولو طلق العبد زوجته تطليقة ، ثم عتق فإنما تبقى له عليها طلقةٌ واحدةٌ ، لأنه كان طلق نصف طلاقه[8] .

---

(١) "في" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٣/٢٥ .

(٣) "أهل" ليست في أ .

(٤) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَمَن يَكْفُرْ بِالإِيمَانِ فَقَدْ حَبِطَ عَمَلُهُ وَهُوَ فِي ٱلآخِرَةِ مِنَ ٱلْخَاسِرِينَ﴾ سورة المائدة : آية ٥ ، ومافي معناها من الآيات .

(٥) سبق تخريجه ص٣٦٦ .

(٦) انظر : المدونة ٢/٢٠٠ .

(٧) سورة النساء : آية ٢٥ .

(٨) انظر : المدونة ٣/١٠٤ .

[الباب التاسع]
في اللغو في الطلاق
ومسائل من الأيمان به[1] مختلفة

ولم يذكر الله عز وجل لغو اليمين إلا في اليمين بالله عز وجل[2] ، فلايكون ذلك في طلاق ولاعتاق ولاغيره ، وكذلك الاستثناء بمشيئة الله عز وجل .

قال مالك : ومن حلف بالطلاق على مايوقن أنه كذلك ، ثم ظهر خلافه لزمه الطلاق ، وقاله عددٌ من السلف[3] ، وبه قضى عمر بن عبد العزيز في الحالف بطلاق إحدى نسائه على ناقةٍ أقبلت أنها فلانة ، فإذا هي ليست هي أن تطلق[4] التي نوى من نسائه ، وإن لم ينو واحدةً طلقن كلهن[5] .

قال ربيعة : ومن ابتاع سلعةً فحلف لرجلٍ بالطلاق ليخبرنه بكم أخذها ، فأخبره أنه أخذها بدينارٍ ودرهمين ، ثم ذكر أنه أخذها بدينارٍ وثلاثة دراهم ، قال: إن ذكرأنه أقل أو أكثر فهو حانث[6] .

أبو محمد : يريد أن المحلوف له مات قبل أن يخبره ، أو ضرب له[7] أجلاً فجاوزه[8] .

---

(١) "من الأيمان به" ليست في أ ، و"به" ليست في ز .

(٢) يشير إلى قوله تعالى : ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ الْأَيْمَانَ﴾ . سورة المائدة : آية ٨٩ .

(٣) وهم عمر بن الخطاب وعبد الله بن عمر وابن مسعود وسليمان بن يسار وسالم والقاسم بن محمد وابن شهاب الزهري . انظر : المصدر نفسه ٢٧/٣ .

(٤) "أن تطلق" ليست في أ ، ب .

(٥)،(٦) انظر : المصدر نفسه ٢٦،٢٥/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .

(٧) "له" ليست في ز .

(٨) تهذيب الطالب ل ٤٥/ب .

قال الشيخ : ونحوه لبعض فقهائنا القرويين أنه قال معنى قول ربيعة : ليخبرنه ، أي : ليخبرنه الساعة ، فلذلك حنَّثه ، هذا معنى قوله[١] .

ومن المدونة : قال ابن شهاب : ومن حلف بالطلاق إن كلم فلاناً ، فكلمه ناسياً فقد حنث[٢] .

قال الشيخ : واحتج البخاري في النسيان والغلط في الطلاق[٣] بقول النبي صلى الله عليه وسلم : "[إنما] [٤] الأعمال بالنيات ولكل امرئ ما نوى"[٥] ،قال : وتلا الشعبي قوله تعالى : ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا﴾[٦] [٧] .

ومن المدونة : قال عطاء بن أبي رباح[٨] وسعيد بن المسيب ومالك والليث لااستثناء[٩] في الطلاق بمشيئة الله عز وجل .

قال ربيعة : وإن حلف بطلاق امرأته إن ضرب جاريتها ، فرماها بحجرٍ فشجَّها ، أن زوجته تطلق عليه .

---

(١) والذي ذكر عبد الحق عن أبي عمران أنه قال : إنما هذا عندي كأنه قصد ليخبرنه للوقت بالصدق فأخبره ، ثم تبين له أنه أخبره بغير الصدق فهو حانث .
المصدر نفسه ل٤٥/ب .

(٢) انظر : المدونة ٣/٢٥ .

(٣) "في الطلاق" ليست في أ ، ب .

(٤) من الصحيح .

(٥) سبق تخريجه ص٤٥١ .

(٦) سورة البقرة : آية ٢٨٦ .

(٧) انظر : صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ، باب الطلاق في الإغلاق والمكره والسكران والمجنون وأمرهما والغلط والنسيان في الطلاق ٦/١٦٨ .

(٨) هو أبو محمد عطاء بن أبي رباح أسلم القرشي مولاهم المكي ، أحد أئمة التابعين ، فقيهٌ ، عالمٌ ، كثير الحديث ، حدث عن عائشة وأم سلمة وأبي هريرة وابن عباس وغيرهم ، توفي سنة ١١٤هـ .
انظر : الطبقات ٥/٢٠ ، سير أعلام النبلاء ٥/٥٥٢ ، شذرات الذهب ١/١٤٧ .

(٩) في أ "الاستثناء" ، وهو تحريف .

قال : ومن حلف على معصية كقوله : أنت طالق لأشربن خمراً ، أوبعض ماحرم الله عز وجل عليه ، ثم رفع إلى الإمام فليطلق / عليه مكانه . [١٥٣/أ]

وكذلك قوله : لأضربن فلاناً ، إلا أن يجب له ضربه بحق فيدخل عليه الإيلاء.

قال ابن شهاب : وإن حلف بالطلاق ليفعلن كذا - يريد مما يجوز له - إلى أجل ، لم يُحَل بينه وبين امرأته ، فإن لم يؤجل ، ضرب له أجل الإيلاء ، فإن فعل ماحلف عليه فبسبيل ذلك وإلا فرق بينه وبين امرأته صاغراً قَمِيئاً[1] [2] .

قال ابن وهب : قال ربيعة والليث فيمن حلف بطلاق امرأته ليتزوجن عليها إنه يوقف عن وطئها ، ويضرب[3] له أجل المولي .

قال الليث وعطاء بن أبي رباح : فإن لم ينكح عليها[4] حتى يموت توارثا .

قال عطاء : وأحب إلي أن يبرَّ في يمينه [قبل ذلك][5] [6] .

وهذا مستوعبُ في كتاب الإيلاء[7] .

---

(١) "صاغرا قميئا" مكانها بياض في أ .

(٢) قَمِيئاً أي ذليلاً ، قال ابن فارس : القاف والميم والحرف المعتل كلمةٌ تدل على حَقارةٍ وذُلٍّ ، يقال : هو قَمِيٌّ بين القَمَاءة ، أي الحقارة ، وأَقْمَيتُه أنا : أذللته . معجم مقاييس اللغة ، مادة (قَمَا) .

(٣) في أ ، ب "أو" بدل الواو .

(٤) "عيها" ليست في أ ، ب .

(٥) من المدونة .

(٦) انظر : المدونة ٣/٢٦،٢٧ .

(٧) وسيأتي وهو الكتاب الحادي عشر .

[الباب العاشر]
في خيار الأمة تعتق وهي تحت عبد

[فصل ١ ــ في مشروعية تخيير الأمة التي تعتق وهي تحت عبد]

روى ابن وهب أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال لبريرة إذ عتقت وكانت تحت عبد : "أنتِ أملك بنفسك ، فإن شئتِ أقمتِ مع زوجك ، وإن شئتِ فارقته ما لم يمسّك"(١) ، وقال جماعةٌ من الصحابة رضي الله عنهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : "إن الأمة إذا عتقت وهي تحت عبدٍ فأمرها بيدها ، فإن هي أقرت حتى(٢) يطأها فهي امرأته لاتستطيع فراقه"(٣) .

قال ربيعة ويحيى بن سعيد(٤) : وإن مسّها و لم تَعلم بعتقها فهي على خيارها حتى يبلغها(٥) .

---

(١) قصة عتق بريرة وتخيير الرسول صلى الله عليه وسلم لها في الصحيح وقد سبق تخريجها ، انظر ص٨٣ .
وهذا الحديث منقول من المدونة وسندها حسن ، انظر : المصدر نفسه ٣١/٣ ، وأخرجه أبو داود بلفظ "إن قربك فلاخيار لك" كتاب الطلاق ، باب حتى متى يكون لها الخيار ٦٧٣/٢ رقم (٢٢٣٦) .

(٢) في أ ، ب "حين" ، وهو تصحيف .

(٣) أخرجه سحنون في المدونة ٣١/٣ وسندها حسن ، والحديث أخرجه أبو داود موصولاً عن عائشة رضي الله عنها وهو الحديث السابق ، وقد ذكره الهيثمي عن عمرو بن أمية وقال : رواه أحمد متصلاً ومرسلاً وفيه ابن لهيعة وحديثه حسن وبقية رجاله ثقات .
مجمع الزوائد ، كتاب الطلاق ، باب تخيير الأمة إذا عتقت وهي تحت العبد ٣٤١/٤ .

(٤) "قال ربيعة ويحيى بن سعيد" ليست في ز .

(٥) المدونة ٣١/٣ .

قال عبد الوهاب : وإنما كان لها الخيار لأن حرمتها زادت على حرمته ، فلها أن لاترضى به ، ولاخيار لها تحت الحر ، خلافاً لأبي حنيفة[١] ، لقول عائشة رضي الله عنها : خيَّر رسول الله صلى الله عليه وسلم بريرة وكانت تحت عبد[٢] ، ولو كان زوجها حرًا ماخيَّرها ، ومثل هذا لايكون إلا بتوقيف ، ولأن حرمتها ليست بزائدةٍ على حرمته ، بخلاف العبد .

قال : واختيارها نفسها طلاق ، لأنه ليس بفسخٍ غالباً ، إذ لها المقام عليه ، وتكون طلقةً بائنة ، لأنه خيار في زوال العصمة كالخلع ، ولو كان له الرجعة لم يُفِدْهَا الخيار شيئاً ، وفي تطليقها نفسها زيادةً على الواحدة روايتان .

فوجه قوله : إن لها ذلك ، فلأنها ملكت من أمرها ماكان الزوج يملكه ، فكان لها أن تُوقِع ماكان له أن يوقعه .

ووجه قوله : إنه ليس لها أكثر من واحدة ، هو أن الغرض إزالة العصمة ، فإذا زالت بالواحدة فالزيادة عليها إضرارٌ لافائدة فيه[٣] .

[فصل ٢ ـ فيما يكون به خيارها من الطلاق]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا عتقت الأمة ـ ابن المواز : أو من فيها بقية رق ـ وهي تحت عبدٍ[٤] حيل بينهما حتى[٥] تختار ، ولها الخيار بطلقة ، وتكون[٦] بائنةً ولارجعة له إن عتق في العدة ، لأن كل فرقةٍ من قِبَلِ السلطان فهي طلقةٌ بائنةٌ وإن لم يؤخذ عليها[٧] مال .

---

(١) انظر : مختصر الطحاوي ص١٨٢ ، مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٣/٢٤ .
(٢) سبق تخريجه ص٨٣ .
(٣) انظر : المعونة ٢/٨٦٧،٨٦٨ .
(٤) "عبد" ليست في أ ، ب .
(٥) في أ ، ب "حين" .
(٦) "وتكون" ليست في ز .
(٧) في أ ، ب "لها" .

قال ابن القاسم : وإن قالت حين عتقت : اخترت نفسي ، ولانية لها ، فهي طلقةٌ بائنةٌ ، إلا أن تنوي أكثر فيلزم مانوت ، لأن مالكاً كان يقول مرة : ليس لها أن تطلق نفسها أكثر من واحدةٍ بائنة ، فلذلك رأيت إذا لم تكن لها نيةٌ أنها واحدةٌ بائنة .

قال مالك : ولو طلقت نفسها أكثر من واحدة ، أو ألبتة بعد البناء ، لزم ، ولم تحل له إن طلقت اثنتين فأكثر إلا بعد زوجٍ ، لأن الاثنتين جميع طلاق العبد ، وكذلك إن فارقت بواحدةٍ وقد تقدم له فيها طلقة ، فلاتحل له إلا بعد زوج .

وأول قول مالك : إنه ليس لها أن تختار بأكثر من واحدة ، ثم رجع إلى[١] أن ذلك لها على حديث زُبْرَاء.

وقد ذكر مالك أن زبراء حين[٢] عتقت تحت عبد ، قالت لها حفصة : إن لك الخيار ، / فطلقت نفسها ثلاثاً[٣][٤] . [١٥٣/ب]

ابن المواز : وإذا كان الزوجان نصرانيين لمسلمٍ فأُعتقت الأمة فلها الخيار ، لأنها لمسلم[٥] .

ابن سحنون : واختُلف إن كانا لنصراني[٦] .

---

(١) في ز "على" .

(٢) "حين" ليست في أ .

(٣) سبق تخريجه ص٩٦.

(٤) انظر : المدونة ٣/٣٠-٣٢ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .

(٥) النوادر والزيادات ل٢٩٧/ب .

(٦) فقال أصبغ : يحكم لهم بحكم أهل الإسلام ، وقال سحنون : لم أعرض لهم ولم أحكم بينهم . انظر : المصدر نفسه ل٢٩٧/ب .

[فصل ٣ ــ فيمن لم تختر حتى عتق زوجها]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولها الخيار عند غير السلطان ، فإن لم تختر حتى عتق زوجها ، أو كان عتق الزوجين في كلمةٍ واحدةٍ[1] فلاخيار لها .

قال : ولاتختار في الحيض ، فإن فعلت لزم[2] .

قال في العتبية : فإن لم تختر حتى عتق زوجها قبل أن تطهر فلايقطع ذلك خيارها ، ولها الخيار إذا طهرت ، لأنه كان وجب لها وإنما منعها منه حيضتها[3] .

قال الشيخ : ولو قال قائل : ألا خيار لها ، لم أَعِبْه ، لأن زوجها قد عتق قبل خيارها ، وساوت حرمته حرمتها ، فوجب سقوط خيارها كما لو جهلت أن لها الخيار فلم تختر حتى عتق زوجها أنه لاخيار لها .

ابن المواز : ولو بيع زوج الأمة بأرض غُرْبَةٍ فظنت أن ذلك فراق ، ثم عتقت فلم تختر [نفسها][4] حتى عتق زوجها فلاخيار لها ، وقاله مالك[5][6] .

[فصل ٤ ــ فيمن تأخر علمها بالعتق]

ومن المدونة : قال مالك : ولو بلغها العتق بعد زمان ، وهو يطؤها فلها الخيار حين علمت .

قال : ولها الخيار في مجلسها الذي علمت بالعتق فيه ، أو بعد ذلك مالم توطأ[7] .

---

(١) "واحدة" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٣٢/٣ ؛ تهذيب المدونة ص١١٤ .

(٣) فلم يكن منها تفريط .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٨٣/٥، ٢٨٤ .

(٤) من النوادر والزيادات .

(٥) "وقاله مالك" ليست في ز .

(٦) النوادر والزيادات ل٢٩٧/ب .

(٧) انظر : المدونة ٣٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .

ابن المواز : وإذا علمت بالعتق فادعى الزوج بعد أيام أنه وطئها فأنكرت ، فإن علم أنه كان يخلو بها ، أو أقرت له بالخلوة ، فهو مصدَّقٌ مع يمينه ، وإن لم يعلم ذلك و لم تقر له بها صُدِّقت بغير يمين[١] .

[فصل ٥ ـ فيمن وقفت سنة بعد العتق ولم توطأ]

ومن المدونة : ولو وقفت سنة فَمَنَعَت[٢] نفسها و لم توطأ ، ثم قالت : لم أسكت رضيً بالمقام ، صدقت ولايمين عليها كالتمليك .

وقد قال مالك : لايحلفن النساء في التمليك ، ثم لها الآن[٣] أن تختار ، فإن كان وقوفها رضيً بالزوج فلاخيار لها بعد أن تقول : رضيت بالزوج .

قال مالك : ولو وطئها بعد علمها بالعتق وجهلت أن لها الخيار ، أو علمت فلاخيار لها بعد ذلك[٤] .

[فصل ٦ ـ فيمن عتقت تحت عبد وهو غائب]

ومن كتاب محمد : وإذا أعتقت أمةٌ تحت عبدٍ وهو غائبٌ فاختارت نفسها،

قال أصبغ : قال ابن القاسم : أمر هذه وأمر النصرانية التي تسلم وزوجها غائب سواء ، إن كان الزوج قريب الغيبة كتب في أمره خوفاً أن يكون عتق قبلها ، وإن كان بعيداً فخافت على نفسها الضرر في التوقيف رأيت أن تتزوج إذا انقضت عدتها ، فإن قدم بعد انقضاء العدة قبل أن تتزوج ، أو بعد أن تزوجت وقبل أن يدخل بها الآخر كان أحق بها ، كان قد أسلم ، أو عتق قبل إسلامها أو عتقها ،

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٧/ب .

(٢) في ز زيادة "من" .

(٣) "الآن" ليست في أ .

(٤) انظر : المدونة ٣٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٤ .

أو بعد فهو أحق بها إلاأن يدخل بها الثاني ، فيكون الثاني أحق بها ، وإن كان إسلام الأول أو عتقه قبل إسلامها ، أو عتقها فالأول أحق بها وإن دخل بها الثاني وولدت الأولاد ، وليس ذلك عندهما[1] مثل إذا كان إسلامه بعد إسلامها ، أو عتقه بعد عتقها .

قال ابن المواز : وهذا أحب إلينا ، وهو مما لم يكن يجب عليها فيه عدة .

قال أصبغ : وتصير[2] كالمنعي لها زوجها ، وكالعبد يجب له وعليه[3] حكم العبيد ، ثم يثبت أنه حرٌ قبل ذلك بعتق سيده ، أو بغير ذلك ، أنه يرجع إلى حكم الأحرار ، ولايضر[4] ذلك الجهالة .

وكذلك في الطلاق والعدة ، وترد الأمة والعبد إلى بقية الطلاق للحر ، وبقية عدة الحرة .

وإذا بادرت المعتقة في القريب الغيبة فاختارت نفسها لزم ذلك واكتفي به ، ثم إن نكحت وثبت أنه عتق في عدتها فلاسبيل للقادم إليها ، وكذلك لو لم تتزوج ولاحجة له بقرب غيبته ، وهو كالحاضر .

وكذلك التي أسلمت والزوج قريب الغيبة فيستحب أن يتربص لاستبراء أمره فإن بدرت فنكحت ، ثم قدم وثبت / أنه أسلم في عدتها فلاحجة له ، ويكتفى [١٥٤/أ] بتلك العدة لها عدة .

وروى ابن حبيب عن أصبغ : إن ظهر عتقها و لم يظهر عتقه وهو حاضرٌ فاختارت نفسها ، وقد كان أعتق زوجها قبلها ، ثم تزوجت الآن فزوجها الأول أحق بها وإن دخلت ، وإن كان غائباً لم يكن أحق بها إلا أن يدركها قبل الدخول[5] .

---

(١) أي عبد الملك وأصبغ .
(٢) "وتصير" ليست في أ .
(٣) في ز "يجي عليه وله" .
(٤) في ز "ولايغير" .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٨/أ .

[فصل ٧ ـــ فيمن أعتق نصفها ، وفي الخيار قبل العتق]

ومن المدونة : قال :وإن أعتق نصفها تحت عبد ، أو جميعها تحت حر فلاخيار لها .

قال ابن شهاب : وإن أعتقت قبل أن يدخل بها وقد فرض لها فاختارت نفسها فلاصداق لها ، لأنها هي تركته و لم يتركها ، وإنما قال الله عز وجل : ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾[1] الآية ، فليس هو فارقها ولكن هي فارقته ، وقاله ربيعة ويحيى بن سعيد[2] .

قال مالك في العتبية في أمة تحت عبد أشهدت أنها متى ماعتقت[3] تحته فقد اختارت نفسها أو زوجها : فليس ذلك بشيء[4] .

قال في كتاب ابن سحنون وغيره : وأما الحرة ذات الشرط في النكاح والتسري تقول : اشهدوا متى فعل زوجي كذا فقد اخترت نفسي ، فذلك لها[5] [6]

وقال المغيرة : هما سواء ، ولاشيئ لهما ، وهاتان المسألتان اللتان سأل عبد الملك مالكاً عن الفرق بينهما فقال له مالك : أتعرف دار قُدَامة؟ [7] [8]

---

(١) تتمتها : ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَن يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ الآية . سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٢) انظر : المدونة ٣٤/٣ .

(٣) في ز "أنها هي عتقت" ، وهو تحريف .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٣٩/٥ .

(٥) في ز "بينهما" .

(٦)،(٧) النوادر والزيادات ل٢٩٨/أ .

(٨) قال ابن رشد مبيناً ذلك : وكانت داراً يُلعب فيها بالحَمَام ، مُعرِّضاً له ـ أي لعبد الملك ـــ بقلة التحصيل فيما سأل عنه ، وموبخاً له على ترك إعمال نظره في ذلك ، حتى لايسأل إلا سؤالاً مستقيماً في أمر مشكل ، ولعمري إن مثل ابن الماجشون في فهمه وجلالة قدره لحريٌّ أن يوبّخ على مثل هذا السؤال ، لأن مالكاً لم يفرق بين الحرة والأمة كما قال ، وإنما فرق بين خيار أوجبه الله بالشرع على لسان نبيه للزوجات ، إلا ماعلى أزواجهن العبيد بشرط عتقهن بغير اختيار أزواجهن ، وبين خيار شرطه الزوج باختياره لزوجته حرة كانت أو أمة .
انظر : البيان والتحصيل ٢٣٩/٥،٢٤٠ .

قال الشيخ : والفرق عندي بينهما:أن الأمة إنما يجب لها الخيار إذا عتقت ، والعتق لم يقع بعد فقد سلمت ، أو[1] أوجبت شيئاً قبل وجوبه لها ، فلم يلزم كتارك الشفعة قبل أن يستوجبها ، والحرة قد أوجب لها زوجها الشرط إن فعل ، وملكها منه ماكان يملكه ، فلها أن تقضي به عليه قبل أن يفعل إن فعل كما كان ذلك له أن يلزمه نفسه قبل أن يفعله متى فعله ، وبالله التوفيق .

---

(١) "أو" مكانها بياض في أ ، ب .

[الباب الحادي عشر]
في طلاق المريض ونكاحه
وغير ذلك من أحكامه

[فصل ١ ـــ في طلاق المريض]

ولما منع الرسول عليه الصلاة والسلام المريض من الحكم في ثلثي ماله الموروث بما يُنقص ورثته منه[١] ، كان ممنوعاً أن يدخل عليهم وارثاً ، أو يخرج منهم وارثاً ، ولما منع الرسول عليه الصلاة والسلام القاتل الميراث بما أحدث من القتل[٢] انبغى أن لايكون المريض مانعاً لزوجته الميراث بما أحدث من الطلاق ، ولافرق بين وارثين أحدهما يدخل في الميراث بوجه فيمنع من أجله ، وآخر قد أخرج بمثل ذلك الوجه .

قال الشيخ : لأن القاتل أراد أن يستوجب بفعله حقاً لم يجب له بعد[٣] ، فمُنِعَه ، وكذلك المريض أراد أن يمنع بفعله حقاً عن من وجب له فمُنِعَه[٤] ، وكما لم يكن للمريض أن يدخلها في الميراث بتزويجه إياها فيه ، كان[٥] كذلك لايخرجها من الميراث بطلاقها فيه .

---

(١) يشير إلى منعه عليه الصلاة والسلام سعد بن أبي وقاص من الوصية بأكثر من ثلث ماله .
وقد سبق تخريجه ص٢٥٩ .

(٢) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "ليس للقاتل من الميراث شيئ" .
أخرجه ابن ماجه ، كتاب الديات ، باب القاتل لايرث ٢/٨٨٤ رقم (٢٦٤٦) وإسناده حسن كما في الزوائد ، والبيهقي ، كتاب الفرائض ، باب لايرث القاتل ٦/٣٦٠ رقم (١٢٢٣٦-١٢٢٤٥) وقد أخرجه بعدة طرق مرسلة وموصولة وقال : شواهده تقويه .
وقال ابن حجر عنه : قوّاه ابن عبد البر ، وأعلّه النسائي ، والصواب وقفه على عمرو بن العاص . انظر : بلوغ المرام ص١٩٧ .

(٣) "بعد" ليست في ز .

(٤) لأن كل من استعجل شيئاً قبل أوانه عوقب بحرمانه .

(٥) "كان" ليست في ز .

وقد قضى به[1] عثمان[2] رضي الله عنه بمحضر المهاجرين والأنصار[3] ، وقاله عمر وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما[4] .

قال مالك : وإذا طلق المريض امرأته قبل البناء فلها نصف الصداق ، وترثه إن مات من مرضه ذلك ، ولاعدة عليها لوفاته ، لأنها مطلقة[5] ، ولاعدة عليها لطلاق ، لأنه قبل البناء ، وإن دخل بها ، ثم طلقها في مرضه طلاقاً بائناً فعليها عدة الطلاق ، وترثه ، ولاتنتقل إلى عدة الوفاة إن مات في العدة ، لأن الطلاق بائناً ، ولو كان طلاقاً يملك فيه رجعتها انتقلت إلى عدة الوفاة إن مات في العدة ، وإن انقضت العدة قبل الوفاة فلها الميراث ولاعدة عليها من الوفاة .

والمطلقة في المرض لو تزوجت أزواجاً كل يطلقها في مرضه لورثت كل من مات منهم وإن كانت الآن تحت زوج .

قال مالك : ومن طلق في مرضه واحدة[6] ، / ثم صح ، ثم مرض فمات [١٥٤/ب] من المرض الثاني ورثته إن مات وهي في العدة .

وإن كان طلاقه إياها ألبتة لم ترثه وإن مات في عدتها إذا صح فيما بين ذلك صحة بينة ، لأنه يصير كأنه أوقع الطلاق في الصحة .

قال : وإن طلقها واحدةً في مرضه ، ثم صح ، ثم مرض فأردفها طلقة ، أو أبتَّها لم ترثه إلا أن يموت وهي في العدة من الطلاق الأول ، لأنه في الطلاق الثاني ليس بفارٍ إلا أن يرتجعها من الطلاق الأول ، ثم يطلقها في مرضه الثاني فترثه وإن انقضت عدتها ، لأنه بارتجاعها صارت كسائر أزواجه ، وصار بالطلاق الثاني فارّاً من الميراث .

---

(١) أي بتوريثها من مطلقها المريض بعد انقضاء عدتها .

(٢) في ز زيادة "عمر" .

(٣) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المريض ٤٤٨/٢ رقم (٤٠-٤٢) .

(٤) أثر عمر أخرجه البيهقي ، كتاب الخلع والطلاق ، باب ماجاء في توريث المبتوتة في مرض الموت ٥٩٥/٧ رقم (١٥١٣١) .
وأثر علي أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب طلاق المريض ٤٤٨/٢ رقم (٤٣) .

(٥) "لأنها مطلقة" ليست في ز .

(٦) "واحدة" ليست في ز .

والمبتوتة في المرض إن ماتت قبله ، ثم مات من مرضه ذلك لم ترثه ، ولايرث ميتٌ من حيٍّ مات بعده ، ولايرثها إن كان طلقها ألبتة ، أو واحدةً فانقضت عدتها .

وإن قال لها في صحته : إن قدم فلان ، أو قال : إن دخلتِ بيتاً فأنت طالق ، فقدم ، أو دخلت في مرضه ، لزمه الطلاق ، وورثته إن مات فيه .

وكذلك كل طلاقٍ وقع في مرضه بخلعٍ ، أو تخييرٍ ، أو تمليكٍ ، أو إيلاءٍ ، أو لعانٍ فإنها ترثه .

قال مالك : وإن أقر المريض أنه طلق في صحته ورثته ، وعليها عدة الطلاق من يوم أقر ، فإن كان إقراره بطلاقٍ غير بائن ، ثم مات وهي في العدة انتقلت إلى عدة الوفاة وورثته ، وإن انقضت عدتها من يوم أقر بما أقر به فلها الميراث ولاعدة عليها[١] .

فصل [٢ ــ فيمن له حكم المريض في طلاقه]

قال مالك : ومن قُرِّبَ لحدٍ[٢] من قطع يدٍ ، أو رجلٍ ، أو جلدٍ فطلق امرأته[٣] حينئذ ، ثم مات من ذلك ، فإن خيف عليه من ذلك الموت فهو كالمريض.

قال مالك : وحاضر الزحف ، ومن حُبس للقتل له حكم المريض في ذلك .

قلت : فمن طلق زوجته وهو في سفينة في لُجَجِ البحر ، أو النِّيل ، أو الفُرَات أو الدِّجْلَة ، أو بَطَائح البصرة؟[٤]

---

(١) انظر : المدونة ٣/٣٤،٣٥ ، تهذيب المدونة ص١١٤،١١٥ .

(٢) في ز "ومن أقر بحد" ، وهو تحريف .

(٣) "امرأته" ليست في أ ، ب .

(٤) بطائح البصرة : هي أرض واسعة بين واسط والبصرة ، سميت بذلك لأن المياه تبطَّحت فيها ، أي سالت واتسعت في الأرض ، وكانت قديماً قرىً متصلةً وأرضاً عامرةً .
انظر : معجم البلدان ١/٤٥٠ .

قال : قال مالك : إذا أصاب أهل البحر النَّوءُ[1] والريح الشديدة فخافوا الغرق ، فأعتق أحدهم عبداً في تلك الحال فهو من رأس المال ، ولايشبه هذا الخوف.

وقد روي عن مالك : إن أمر راكب البحر في الثلث .

ـ قال ابن المواز : والطلاق على نحو هذا من الاختلاف ـ .

وأما المفلوج[2] ، وصاحب حُمَّى الرِّبْعِ[3] ، والأجذم ، والأبرص ، والمُقْعَد[4] وذو الجراح والقروح ، فما أرقده من ذلك وأضناه وبلغ به حد الخوف عليه فله حكم المريض ، ومالم يبلغ به ذلك فله حكم الصحيح ، فَرُبَّ مفلوجٍ ، أو يابس الجذام يتصرف ويسافر[5] .

قال ابن القاسم : فكل من لايجوز قضاؤه في جميع ماله فطلق في حالته تلك ، فلامرأته الميراث منه إن مات من مرضه ذلك[6] .

فصل [٣ ـ في الوصية للمطلقة في المرض ، وفيمن نكح فيه]

ولاتجوز الوصية للمطلقة في المرض وإن تزوجت أزواجاً ، لأنها وارثة ، فإن قتلته في مرضه خطأً بعد أن طلقها فالدية على عاقلتها ، وترث من ماله دون الدية ،

---

(١) المراد بالنَّوء هنا المطر ، انظر : المصباح المنير ص٦٣٢ .

(٢) المفلوج : هو من أصابه الفالج : وهو ريحٌ يأخذ الإنسان فيذهب بشقّه ، وقد فُلِجَ فَالِجاً فهو مَفلُوج . انظر : اللسان ،مادة (فَلَجَ) .

(٣) الرِّبْعُ في الحُمَّى : إتيانها في اليوم الرابع ، وذلك أن يُحَمَّ يوماً ويُترك يومين لايُحَم ، ويُحَمَّ في اليوم الرابع ، وهي حُمَّى رِبْعٍ ، وقد رُبِعَ الرجل فهو مَرْبوع ومُرْبَع وأَرْبع . انظر : المصدر نفسه مادة (رَبَعَ) .

(٤) "والمقعد" ليست في ز .

(٥)،(٦) انظر : المدونة ٣٥/٣،٣٦ ، تهذيب المدونة ص١١٥ .

وإن قتلته عمداً لم ترث من ماله وقتلت به[١] ، فإن عفي عنها على مال لم ترث منه أيضاً[٢] .

قال مالك : ومن تزوج في المرض ، ثم طلق فيه ، أو لم يطلق فلاترثه ، وهونكاحُ لايُقر ، ولاصداق لها إلا أن يكون قد دخل بها في مرضه فلها الصداق في ثلثه مبدءًا على الوصايا[٣] .

قال ابن القاسم : وإن سمَّى لها أكثر من صداق مثلها كان لها صداق مثلها مبدءاً في الثلث على الوصايا بالعتق وغيره ، إلا الدين فإنه يُبدَّأ عليه ، لأنه من رأس المال .

وقيل : إن لها المسمى في الثلث مبدءاً وإن كان أكثر من صداق المثل ، وروي عن مالك .

واختلف في الزائد على صداق المثل ، فقيل : يبطل ، قاله ابن القاسم ، وقيل: تحاص به الوصايا[٤] .

واختلف / فيه قول مالك إذا صح[٥] ، فقال : يثبت النكاح ، وقال : يفسخ، [١٥٥/أ] وقد تقدم هذا في كتاب النكاح[٦] .

---

(١) "به" ليست في أ ، ب .

(٢)،(٣)،(٤) انظر : المدونة ٣/٣٦،٣٧ ، تهذيب المدونة ص١١٥ .

(٥) "إذا صح" ليست في ز .

(٦) انظر ص٢٦٠ .

[فصل ٤ ـــ فيمن ارتد في مرضه
ومن طلق نصرانية أو أمة فيه]

ومن كتاب الأيمان[١] بالطلاق قال : ومن ارتد في مرضه فقتل على ردته لم ترثه ورثته المسلمون ولازوجته ، إذ لايُتَّهم أحدٌ بالردة على منع الميراث[٢] .

ومن كتاب ابن المواز : وإن رجع مسلماً ، ثم مات في مرضه فلاترثه .

قال ابن القاسم : وإن طلق المريض نصرانيةً ، أو أمةً ، ثم أسلمت النصرانية أو عتقت الأمة بعد العدة ، ثم مات من مرضه ذلك لورثتاه ، وكذلك روى عنه أصبغ في العتبية[٣] .

وقال سحنون : ولايرثانه ، ولايُتَّهم في ذلك ، وكذلك في طلاق ألبتة إلا أن يطلق واحدةً ويموت في العدة بعد أن أسلمت هذه ، وعتقت هذه فيرثانه . وكذلك عنه[٤] في كتاب ابنه .

قال : وإن مات بعد العدة ولم يرتجع لم يرثاه[٥] .

---

(١) "كتاب الأيمان" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٣/٣٧ ، تهذيب المدونة ص١١٥ .

(٣) قال أصبغ : لأنه يتهم أن يكون فرّ بميراثه حتى خشي أن تسلم أو تعتق فترثه ، فلما علم بذلك طلقها . انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٤٥٣ .

(٤) "عنه" ليست في أ .

(٥) النوادر والزيادات ل٣٠٢/أ،ب .

[فصل ٥ ــ فيمن لاعن في مرضه ثم مات والمريض يطلق زوجته قبل البناء ثم يتزوجها قبل صحته]

ومن المدونة : وإن قذفها في مرضه فلاعن ، ثم مات من مرضه ذلك ورثته وإن طلق مريض زوجته قبل البناء ، ثم تزوجها قبل صحته فلانكاح لها إلا أن يدخل بها ، فيكون كمن نكح في المرض وبنى فيه[1] .

قال سحنون في كتاب ابنه : يريد أن هذا النكاح يفسخ قبل البناء لعلة الصداق الذي يعطيها ، فإذا دخل بها لم يفسخ ، لأن الصداق وجب بالبناء وأما الميراث فهو ثابت ـ يريد : فيكون الصداق من الثلث مُبَدَّءًا ـ .

وقدأنكر بعض فقهائنا القرويين قول سحنون هذا وقال : يفسخ نكاحه وإن دخل ، لأن صداقه إنما هو من الثلث ، ولايدري مايحمل[2] الثلث منه ، فكيف يقر نكاحه ويباح له وطء امرأة صداقها غير مستقر ، وليس كالنكاح بالغرر ، لأن[3] الغرر إذا بنى فيه وجب صداق المثل لاينقص منه شئ ، وهذا من الثلث ، ولايدري مايحمل الثلث[4] منه ، وظاهر الكتاب أنه يفسخ ، لأنه قال : وهو كمن نكح في المرض وبنى فيه .

قال الشيخ : إلا أن يكون له مالٌ مأمونٌ يكون ثلثه أضعاف صداقها ، فيصح قول سحنون .

قال أبو عمران : ولو حمل أجنبي عن الزوج صداقه[5] فلايفسخ النكاح ، لأن الصداق قد ثبت للمرأة في مال الأجنبي ، والميراث ثابتٌ بالنكاح الأول ، ولو

---

(١) انظر : المدونة ٣/٣٧،٣٨ ، تهذيب ص١١٥ .

(٢) في أ ، ب زيادة "من" .

(٣) في أ ، ب زيادة "واو" .

(٤) "الثلث" ليست في ز .

(٥) "صداقه" ليست في أ .

كان ذلك على وجه الحمالة ، فهي كمسألة الكتاب[1] ، لأن الأجنبي إنما يطالب بالصداق في عدم الزوج[2] .

قال الشيخ : يجب أن يثبت ، لأن الصداق ثابتٌ لها على كل حال ، فانظر.

[فصل ٦ ـــ في إرث المطلقة ممن لم يصح صحة بينة ومن طلق في مرض غير مخوف]

ومن المدونة : قال ربيعة : ومن طلق في مرضه ، ثم تماثل ، ثم نَكَس ، ورثته إلا أن يصح صحة بينة .

قال ابن شهاب : ومن كان به مرضٌ لايُعاد منه ، رَمَدٌ ، أو جَرَبٌ[3] ، أو ريح ، أو لِقْوَةٌ[4] ، أو فَتَقٌ[5] ، فطلق حينئذٍ فإنها لاترثه .

قال ربيعة : إنما ترثه في المرض المخوف[6] .

---

(١) أي مسألة إن طلق المريض زوجته قبل البناء ، ثم تزوجها في مرضه .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٦/ب .

(٣) الجرب : معروف ، بثرٌ يعلو أبدان الناس والإبل ، يقال : جَرِبَ يجرَبُ جَرَباً فهو جَرِبٌ وجَرْبان وأَجْرَب . انظر : اللسان ، مادة (جَرَبَ) .

(٤) اللَّقْوَة : داءٌ يأخذ في الوجه يَعوجُّ منه ، يقال : رجلٌ ملقوٌّ ،ولُقِيَ الإنسان . انظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة (لَقِيَ) .

(٥) الفتق : عِلةٌ أو نتوٌ في مَرَاق البطن . انظر : اللسان ، مادة (فَتَقَ) .

(٦) انظر : المدونة ٣٨/٣، ٣٩ .

[الباب الثاني عشر]
فيمن طلق احدى زوجتيه ثم مات ولم تعلم المطلقة
أو مات عن أم وابنتها ولم تعلم الأولى
أو عن خامسة غير معلومة

[فصل ١ ـ فيمن طلق إحدى زوجتيه ثم مات ولم تعلم المطلقة]

قال ابن القاسم : وبلغني عن بعض أهل العلم فيمن نكح امرأتين فبنى بواحدة ولم يبن بالأخرى حتى طلق إحداهما طلقة ، ثم مات ولم تنقض العدة ، وجهلت المطلقة ، فللمدخول بها الصداق كاملاً ، وثلاثة أرباع الميراث ، وللتي لم يبن بها ثلاثة أرباع الصداق وربع الميراث[1] .

قال الشيخ : ووجه / ذلك : أن المدخول بها قد وجب لها صداقها [١٥٥/ب] بالمسيس وتتداعى هي وصاحبتها في الميراث ، فتقول لها : أنت المطلقة ولاميراث لك ، ولي جميعه ، وتقول التي لم يدخل بها : بل أنت المطلقة ولي نصفه ، فقد سلمت التي لم يبن بها لصاحبتها نصف الميراث ، وتنازعا في النصف الباقي ، فيقسم بينهما نصفين بعد أيمانهما ، فيصير للمدخول بها ثلاثة أرباعه ، وللأخرى ربعه ، وتتداعى أيضاً الورثة مع التي لم يبن بها في الصداق ، فيقولون لها : أنت المطلقة فلك نصف صداقك ، وتقول هي : بل صاحبتي المطلقة ولي جميعه ، فقد سلموا لها النصف بلامنازعة ، وتداعوا في النصف الباقي فيقسم بينهما نصفين بعد أيمانهما ، فيكون لها ثلاثة أرباع صداقها .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو مات بعد انقضاء العدة ، أو كان الطلاق ثلاثا ، أو مات قبل انقضائها فالصداق على ماذكرناه ، والميراث بينهما نصفين[2] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٣٩/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٥ .

(٢) انظر : المدونة ٤٠/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٥ .

قال الشيخ : وعلة ذلك : أن كل واحدة تدعي أن صاحبتها المطلقة ، والميراث لها خاصة ، فيقسم بينهما نصفين بعد الأيمان ، والعلة في الصداق كما تقدم[١] .

ومن كتاب ابن سحنون : ولو كانت الواحدة مفوَّضاً إليها ولم تعلم ، وطلق واحدةً ولم تُعلم ، فللمدخول بها نصف المسمى ، ونصف صداق المثل ، وللتي لم يدخل بها ثلاثة أثمان المسمى[٢] .

قال الشيخ : ووجه ذلك : أن المدخول بها تارةً يجب لها المسمى وتارةً صداق المثل ، فأعطيت نصف كل صداق ، والتي لم يبن بها يقول لها الورثة : أرأيت لو كنت أنت المسمى لك ، وجهل طلاقك ، أليس يجب لك ثلاثة أرباع الصداق ، على ماقدمنا؟ فتقول : نعم ، فيقولون لها : إنك أنت المفوض لها ، ولاشيء لك منه ، وتقول هي : بل صاحبتي ، ولي ثلاثة أرباع الصداق[٣] ، فيقسم بينهما نصفين بعد الأيمان ، فيكون لها ثلاثة أثمان المسمى ، والميراث بينهما كما تقدم في المسألة الأولى .

قال[٤] : ولو كانت المسمى لها معروفةً والمدخول بها مجهولةً فالميراث بينهما وللمسمى لها سبعة أثمان صداقها ، لأن نصفه ثابتٌ بكل حال ، ونصفه يثبت في ثلاثة أحوال ، ويزول في حال .

ـ **قال الشيخ** : يريد أنه يثبت في أن لاتكون مطلقة ، ومات قبل البناء ، ولاتكون مطلقة ، ومات بعد البناء ، أو تكون مطلقة بعد البناء ، ويزول في حال أن تكون المطلقة قبل البناء ـ

قال : فيسقط ربعه ، وللتي لم يسم لها نصف صداق مثلها ، لأن الصداق يثبت لها في حالين ويزول في حالين .

---

(١) أي في التعليل للمسألة السابقة .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣١٧/أ .

(٣) "الصداق" ليست في ز .

(٤) أي ابن سحنون .

ـ **قال الشيخ** : يريد أن يثبت أن تكون مدخولاً بها مطلقةً أو غيرمطلقةٍ، ويزول إلا أن تكون مدخولاً بها[1] مطلقةً أو غير مطلقة ـ .

قال : فإن لم تعرف المسمى لها أيضاً ، قيل لهما : معكما مسمىً لها مجهولةٌ وجب لها سبعة أثمان المسمى كما ذكرنا ، ومفوَّضٌ إليها مجهولةٌ لها نصف صداق المثل ، فيقسم ذلك كله بينهما ، فإن كان صداق مثلهما مختلفاً ، صداق هذه ستون وصداق هذه أربعون ، فاجمع نصف هذا ونصف هذا يصير خمسين يكون بينهما مع سبعة أثمان المسمى كما ذكرنا[2] .

[فصل ٢ ـ فيمن مات عن أم وابنتها ولم تعلم الأولى]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو نكح أمّاً وابنتها في عقدين ، ثم مات ولم تُعلم الأولى منهما ، فإن بنى بهما فلكل واحدةٍ/ صداقها المسمى ولاميراث لهما[3] . [١٥٦/أ]

ـ **قال الشيخ** : لأن الصداق استحقاه بالدخول ، وإنما لم يكن لهما شيءٌ من الميراث ، لأن بالدخول بهما حَرُمَتا عليه ، ووجب فسخ نكاحهما ، فهما في حكم البائنتين قبل الموت ، فلم يجب لهما شيءٌ من الميراث ـ .

قال ابن القاسم : وإن لم يبن بهما فالميراث بينهما ، ولكل واحدةٍ نصف صداقها اتفق أو اختلف[4] .

قال ابن المواز : بعد أن تحلف كل واحدةٍ لصاحبتها أنها هي الأولى .

قال الشيخ : لأن صداق الأولى وميراثها صحيح ، فلما لم تُعرَف ، وادعت كل واحدةٍ أنها الأولى أعطيت كل واحدةٍ نصف صداقها ، لأنه يجب لها تارة ، ويسقط تارة ، فوجب أن تعطى نصفه بعد يمينها ، وكذلك الميراث .

---

(١) "بها" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل٣١٧/أ،ب .

(٣) "ولاميراث لهما" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٣/ ٤٠ ، تهذيب المدونة ص١١٥ .

ومن المدونـــة : قال ابن القاسم : وكذلك إن مات عن خامسةٍ غير معلومة[١].

قال ابن اللبَّاد : وعلى الأم والابنة[٢] عدة الوفاة ،لأن نكاح واحدةٍ صحيح ، ولايُدرى أيتهما هي ، ولو بنى بهما لم يلزمهما غير ثلاث[٣] حيض استبراء ، وإن بنى بواحدةٍ معروفةٍ فلها صداقها كله ، ونصف الميراث ، لأنها تُنَازع الورثة فيه ، وقاله ابن حبيب[٤] .

وقال ابن المواز : لاشيئ لها من الميراث لاحتمال أن تكون هي الآخرة ، فلاتورَث بالشك .

قال : وقيل : لها نصفه[٥] ، ولايعجبني[٦] .

قال ابن اللبَّاد : وعليها من العدة أقصى الأجلين ، ولاشيئ للتي لم يدخل بها من صداقٍ ولا[٧] ميراث ، ولاعدة عليها .

قال : وإن بنى بواحدةٍ ولم تُعرف فلكل واحدةٍ نصف صداقها ونصف الميراث بينهما نصفين .

قال الشيخ : وإنما ذلك لأن المدخول بها إن كانت الأولى فنكاحها ثابت ، وإن كانت هي الآخرة بطل نكاحها ونكاح الأولى ، فلما ثبت الميراث مرةً وسقط أخرى أعطيناهما نصفه ، والصداق تَنَازَعُ كل واحدةٍ فيه الورثة ، فيكون لها نصف صداقها ، ونحوه لابن سحنون[٨] .

---

(١) كما سيأتي قريباً ، انظر المدونة ٣/٤٠ .

(٢) في أ ، ب "أو" بدل الواو .

(٣) "ثلاث" ليست في ز .

(٤) انظر لقول ابن حبيب : النوادر والزيادات ل٢٤٨/ب .

(٥) وهو قول ابن حبيب .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل٢٤٨/ب .

(٧) "لا" ليست في أ ، ب .

(٨) في أ "لابن يونس" ، وهو خطأ .

[فصل ٣ ــ فيمن مات عن خمس نسوة ولم تعلم الخامسة]

قال الشيخ : وقال شيخنا عتيق بن عبد الجبار الفقيه : وإذا هلك عن خمس نسوة ولم تُعلم الخامسة ، فالميراث بينهن أخماساً ، دخل بهن أو ببعضهن ، أو لم يدخل بواحدةٍ منهن ، وأما الصداق فإن دخل بجميعهن فلكل واحدةٍ صداقها المسمى ، لأنها استوجبته بالمسيس ، وإن لم يدخل بواحدةٍ منهن فليس لهن إلا أربع صَدُقات بينهن ، فيجب لكل واحدةٍ أربعة أخماس صداقها ، اختلفت الصَّدُقات أو اتفقت .

وإن دخل ببعضهن فقد اختلف أصحابنا في ذلك ، فقال بعضهم : يكمل لمن دخل بها جميع صداقها ، وتبقى من لم يدخل بها على أصل القسمة ، يكون لها أربعة أخماس صداقها .

وقال بعضهم : وهو الصواب ، ونحوه لابن سحنون[1] : يكون لمن دخل بها جميع صداقها ، ويتداعى الورثة مع من لم يدخل بها ، فيقسم ماتداعيا فيه بينهم ، وبيان ذلك:إن دخل بواحدة ، أن الورثة يقولون للأربع البواقي : إنما لكن ثلاثة صدقات ، لأن الخامسة فيكن ، ويقلن النسوة : بل لنا أربع صَدُقات والخامسة هي المدخول بها ، فلهن ثلاث صَدُقات بلامنازعة ، ويتداعون في الرابع ، فيقسم بينهم فيكون للنسوة ثلاث صَدُقاتٍ ونصف ، فيقسم ذلك بينهن على أربعة ، فيكون لكل واحدةٍ سبعة أثمان صداقها .

وكذلك على قوله / لو دخل باثنتين ، لكان للبواقي تارةً صداقان إن كانت الخامسة فيهن ، وتارةً ثلاث صَدُقاتٍ إن كانت الخامسة في المدخول بهما ، فيكون لهن صداقان ونصف ، تأخذ كل واحدةٍ منهن خمسة أسداس صداقها ، ولو دخل [١٥٦/ب]

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٣١٧/أ .

بثلاثٍ لكان للاثنتين الباقيتين تارةً صداقان ، وتارةً صداق ، فلهما صداق ونصف ، يكون لكل واحدةٍ ثلاثة أرباع صداقها ، ولو دخل بالأربع لقال الورثة للباقية : أنت الخامسة فلاشيئ لك ، وتقول هي : بل الخامسة في أولئك ولي جميع صداقي ، فيكون لها نصفه .

قال الشيخ : فيكون على هذا القول إذا دخل ببعضهن للنسوة أربع صدقات ونصف أبداً ، فيعطى للمدخول بها جميع صداقها ، ويقسم مابقي على من لم يدخل بها .

قال ابن حبيب : يعطى لكل واحدةٍ[١] ممن لم يدخل بهن نصف صداقها ، لأن المنازعة فيه بينها وبين الورثة ، والأول أصوب .

ولو طلق واحدةً منهن معلومةً ، ثم مات ولم يدخل بواحدةٍ منهن لكان لهن[٢] أربع صدقات إلاربع[٣] ، لأن الورثة يقولون للمطلقة : إن كنت الخامسة فلاشيئ لك ، وإن لم تكوني فلك نصف صداقك ، فتعطى ربع صداقها ، ويقولون للبواقي : إن كانت الخامسة فيكن فلكن ثلاث صَدُقاتٍ ونصف[٤] ، وإن كانت هي المطلقة فلكن أربع صَدُقات ، فيعطَين ثلاث صَدُقات ونصفاً ، فيكون لكل واحدةٍ سبعة أثمان صداقها ، وإن جُهِلت المطلقة قُسمت الأربع صَدُقاتٍ للأربع بينهن ، فيكون لكل واحدةٍ صداقها إلا نصف ثُمُنه[٥] . والله أعلم .

---

(١) في ز زيادة "منهن" .
(٢) "لهن" ليست في أ .
(٣) "إلاربع" ليست في ز .
(٤) "ونصف" ليست في ز .
(٥) انظر هذه المسألة لأبي القاسم بن الكاتب في تهذيب الطالب ل ٤٧/ب .

[الباب الثالث عشر]
في الشهادة في الطلاق والإقرار به والدعوى فيه

[فصل ١ ــ في الشهادة في الطلاق واختلاف الشهود به]

قال الله عز وجل : ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[(١)] ، وروى عمرو بن شعيب[(٢)] عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : "إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت على ذلك بشاهدٍ عدلٍ استحلف زوجها ، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد ، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهدٍ آخر ، وجاز طلاقه"[(٣)] .

قال ابن القاسم : وإن شهد رجلان على رجلٍ أنه طلق واحدةً من نسائه معينة[(٤)] وقالا : أُنسيناها ، لم تجز الشهادة إن أنكر الزوج ، ويحلف بالله ماطلق واحدةً منهن .

ـ وقال ابن المواز : لايمين عليه ـ .

---

(١) سورة الطلاق : آية ١ .

(٢) هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص القرشي السهمي ، إمامٌ ، محدثٌ ، حدث عن أبيه فأكثر ، وعن سعيد بن المسيب وطاووس وسليمان بن يسار وغيرهم ، وقد تردد المحدثون في الاحتجاج به ، قال عنه ابن حجر : صدوق ، توفي في الطائف سنة ١١٨هـ .
انظر : الطبقات ٣٣٣/٥ ، سير أعلام النبلاء ١٣/٦ ، تقريب التهذيب ٧٣٧/١ .

(٣) أخرجه ابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب الرجل يجحد الطلاق ٦٥٧/١ رقم (٢٠٣٨) ، والدارقطني ، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره ٦٤/٤ رقم (١٥٥) .
والحديث إسناده صحيح ورجاله ثقات كما في الزوائد .

(٤) "معينة" ليست في أ ، ب .

قال ابن القاسم : وإن شهدا أنه قال : إحداهن طالق ، قيل للزوج : إن نويت واحدةً تذكرها وإلا طلقن عليك[١] كلهن ، فإن شهد أحدهما بتطليقة ، والآخر بثلاث ، لزمته تطليقة ، ويحلف على البتات ، فإن نكل طلقت عليه ألبتة ، قاله مالك ، ثم رجع فقال : يسجن حتى يحلف .

قال ابن القاسم : والطلقة الواحدة لزمته حلف أو لم يحلف[٢] .

قال مالك في الواضحة : وإن شهد عليه رجلٌ بطلقةٍ وآخر بالبتة فقد اختلفا فيحلف على تكذيب كل واحدٍ منهما ولايلزمه شئ[٣] .

قال الشيخ : وقد قال سحنون في هذه المسألة فيمن قال مثل[٤] هذا القول : هذا[٥] خلاف قول أهل الحجاز[٦] .

قال الشيخ : ويحتمل أن يكون معنى هذه المسألة في رواية ابن حبيب : أنهما شهدا في مجلسٍ واحدٍ ولفظةٍ واحدةٍ ، فيكون هذا تَهَاتُرًا ، أو يكون في مجلسٍ على قول من قال : إن ألبتة لاتتبعَّض ، وأما على قول من قال : إن ألبتة تتبعَّض ، فإنه تلزمه واحدةٌ ويحلف على البتات كمسألة الكتاب[٧] .

ومن المدونة : قال مالك : وإن شهد أحدهما أنه حلف بالطلاق / أن [١٥٧/أ] لايدخل الدار ، وأنه دخل ، وشهد الآخر أنه حلف أن لايكلِّم فلاناً ، وأنه كلَّمه ، لم تطلق عليه لاختلافهما .

---

(١) "عليك" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٣/٤٠،٤١ ، تهذيب المدونة ص١١٥ .

(٣) لأن ألبتة لاتتبعَّض . انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٥/أ .

(٤) "مثل" ليست في ز .

(٥) أي القول بعدم تبعيض ألبتة .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٥/ب .

(٧) وهي مسألة إن شهد أحدهما بتطليقة والآخر بثلاث ، وقد تقدمت قريباً .

قال ابن القاسم : ويلزم الزوج في قول مالك اليمين أنه لم يطلق ، فإن نكل سجن [حتى يحلف][1] كما ذكرنا ، وفي قول مالك الأول : أنه إذا نكل طلقت عليه[2] .

قال الشيخ : يريد : أنه يلزمه بنكوله هاهنا طلقتان[3] .

قال مالك : وكذلك الحرية في هذا[4] ، وإن شهد أحدهما أنه طلقها يوم الخميس بمصر في رمضان ، وشهد الآخر أنه طلقها يوم الجمعة بمكة في ذي الحجة ، طلقت عليه ، وكذلك الحرية[5] - يريد : لأنه من وجه الأقوال بخلاف الأفعال .

قال الشيخ : لأن الأقوال تتكرر وتُعاد ، فيكون الحكم في الثاني إعادةً للأول كالإقرار بالأموال ، وذلك خلاف الأفعال ، لأن كل فعلٍ له حكمٌ في[6] نفسه لايكون تكراراً للأول ، وعدتها من يوم[7] شهد الآخر ، لأن بشهادته وقع الحكم بالطلاق ، والعدة تتعقب الطلاق المحكوم به لاتتقدم عليه .

قال الشيخ : وإنما تصح الشهادتان في البلدين إذا كان بينهما من المدة قدر مسافة مابين البلدين فأكثر ؛ فأما لو شهد أنه طلقها يوم الخميس في رمضان بمصر ، وشهد الآخر أنه طلقها في الخميس الثاني بمكة ؛ فهذا تكاذب ، فتسقط الشهادتان[8] ، وهذا بيِّن .

---

(١) من المدونة .

(٢) انظر : المدونة ٤١/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٥ .

(٣) لأنه إنما نكل عن شهادتهما جميعاً .
انظر : تهذيب الطالب ل ٤٦/ب .

(٤) أي في أنه إن اختلفت عليه الشهادة بالعتق تلزمه اليمين فإن نكل حبس .

(٥) انظر : المدونة ٤١/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٥ .

(٦) "في" ليست في ز .

(٧) "يوم" ليست في ز .

(٨) لأنه لايمكن أن يكون الزوج في هذين الموضعين في هذه المدة ، أي في عصر المؤلف . أما في عصرنا فإنه يمكن لتغير وسائل النقل وسرعتها كما هو معلوم .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا شهد أحدهما أنه قال[١] في رمضان : إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتي طالق ، وشهد الآخر أنه قال ذلك في ذي الحجة وشهدا عليه هما أو غيرهما أنه دخلها بعد ذي الحجة طلقت عليه ، وإن شهدا عليه جميعاً في مجلسٍ واحدٍ أنه قال : إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتي طالق ، وشهد أحدهما أنه دخل في رمضان ، وشهد الآخر أنه دخلها في ذي الحجة طلقت عليه كمن حلف بالطلاق ألا يكلم فلاناً ، فشهد عليه رجلٌ أنه كلمه في السوق ، وآخر أنه كلمه في المسجد حنث .

وكذلك يمينه بالعتق ، وإنما الطلاق حقٌ من الحقوق وليس هو حدًّا من الحدود[٢] .

قال الشيخ : يريد بالحد الشهادة على الزنا أنها لاتجوز إلا على فعلٍ واحدٍ ووقتٍ واحد .

ابن المواز : ولو شهدوا[٣] أنه دخلها لزمته اليمين ، ولو شهد واحدٌ على يمينه وآخر على دخوله ، فلايمين عليه حتى يشهد اثنان على فعلٍ أو يمين ، فيحلف على تكذيب الشاهد الباقي ، ولو شهد واحدٌ بيمينه وبدخوله ، فيحلف أنه ماحلف أو مادخل ، يحلف على أيهما شاء[٤] .

ومن المدونة : وإن شهد أحدهما بالبتة والآخر بقوله : أنتِ علي حرام ، أو بالثلاث،لزمته الثلاث ، وكذلك واحدٌ بخليَّةٍ وآخر ببريَّةٍ أو بائن ، قال مالك : وإذا اختلفت الألفاظ في الشهادة ، وكان المعنى واحداً كانت شهادةً واحدةً ، وإن شهد

---

(١) "قال"ليست في ز .
(٢) انظر : المدونة ٤٢،٤١/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٥ .
(٣) في ز "ولو شهد واحد" .
(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٦/ب .

واحد أنه طلق ألبتة ، وشهد الآخر أنه قال[١] : إن دخلت الدار[٢] فأنت طالقٌ ، وشهد هو وآخر أنه دخلها ، لم تطلق عليه ، لأن هذا شهد على فعل ، وهذا على إقرار ، وإن شهد أحدهما أنه طلقها على عبدها فلان ، وشهد الآخر أنه طلقها على ألف درهم ، فقد اختلفا ، فلاتجوز[٣] .

قال سحنون في غير المدونة : هذا إذا كان الزوج والزوجة منكرَين لشهادتهما ، وأما إن ادعى الزوج شهادة أحدهما فإنه يحلف معه ويأخذ ماشُهد له به ، ويحلف على شهادة الآخر أنه ماطلقها - يريد إذا أنكرت المرأة شهادة شاهده ، وادعت شهادة الآخر .

قال ربيعة : ومن شهد عليه ثلاثةٌ ، يقر كل واحدٍ بطلقةٍ ليس معه صاحبه ، فأمر أن يحلف فأبى فليفرق بينهما ،وتعتد من يوم نكل ، ويقضى عليه بالطلاق[٤] .

قال أبو محمد : أراه يريد أنه يلزمه بالنكول الثلاث .

قال الشيخ : وقول ربيعة هذا خلافٌ لقول مالك ، لأن مالكاً لايحلِّفه ، ويُلَفِّقُ عليه الشهادات ، فيُلزِمُه واحدة ، لأنه من وجه الإقرار ، كما قال في الذي شهد عليه رجلٌ أنه طلق يوم الخميس وشهد عليه آخر أنه طلقها يوم الجمعة فَلَفَّق عليه الشهادة وألزمه طلقة ، فكذلك يلزم في هذا .

قال أبو محمد : ولو شهدوا أن ذلك في وقتٍ واحدٍ لزمته واحدةٌ ولم يلزمه يمين ، وإن ورَّخوا كلهم وقتاً واحداً كانت العدة منه ، / لامن يوم الحكم ، ولو ورَّخ كل واحدٍ منهم[٥] تاريخاً مختلفاً لاعتدت من التاريخ الثاني[٦] ، ولو اتفق اثنان على تاريخٍ قديمٍ ، أو حديثٍ كانت العدة منه . [١٥٧/ب]

---

(١) "أنه قال" ليست في أ .

(٢) "الدار" ليست في أ ، ب .

(٣) وعليه اليمين . انظر : المدونة ٤٤،٤٢/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٥ .

(٤) انظر : المدونة ٤٣،٤٢/٣ .

(٥) "منهم" ليست في أ ، ب .

(٦) انظر ذلك لمالك ، النوادر والزيادات ل٣٢٤/ب .

ولو أقر الزوج بتاريخٍ قديمٍ ، والبينة بتاريخٍ حديثٍ كانت العدة من الحديث.

قال ابن المواز : وإن شهد شاهدٌ أنه طلقها طلقةً عامَ أول ، وشهد الآخر أنه طلقها طلقةً العام لزمته واحدة .

قال : وقال ابن القاسم : وإن شهد شاهدان بطلقةٍ وآخران بطلقة ، وآخران بطلقةٍ في مجالس متفرقة ، والزوج يقول : هي واحدةٌ أشهدتهم بها ، فلاينفعه ؛ وهي ثلاث ، وذلك[١] كشهادتهم بالمال[٢] .

وقال أصبغ : أرى أنه يحلف،ولايلزمه إلا طلقة إذا كان قوله لكل شاهدين : اشهدا أني طلقتها ، ولو قال : اشهدا أنها طالق ، لزمته ثلاث[٣] .

قال الشيخ : ولو قال قائل : إن ذلك سواء ،ولايلزمه إلا طلقة واحدة[٤] ويحلف ، لكان صواباً ، كما لو قال لها في مجلسٍ واحدٍ : أنت طالقٌ ، أنت طالقٌ ، أنت طالقٌ ، أنه يُنوَّى ، وكالذي طلق امرأته فقال له رجل : ماصنعت؟ فقال : هي طالق ، أنه نوّاه إن نوى إخباره ، فكذلك هذا .

قال أصبغ : وأما الديون فإن كانت بغير كتابٍ فذلك مالٌ واحدٌ إذا تقاربت أوقات الشهادة ، كمن يشهد هاهنا ، ثم يقوم فيشهد هاهنا ، ولو كانت بكتابٍ واحدٍ كان مالاً واحداً ، ولو كانت بكتبٍ متفرقةٍ[٥] كانت ثلاثة أموال[٦] .

ومن المدونة : قال ابن شهاب[٧] : وإن شهد واحدٌ بواحدة ، وآخر باثنتين وآخر بثلاث ، لزمته اثنتان[٨] ، يريد : ويحلف على الطلقة الثالثة مع الذي شهد بثلاث .

---

(١) في ز "في" بدل "الواو" .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل٣٢٥/أ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٣٢٥/ب .

(٤) "واحدة" ليست في ز .

(٥) "متفرقة" ليست في ز .

(٦) انظر : المصدر نفسه ل٣٢٥/ب .

(٧) في أ "أشهب" ،وهو خطأ .

(٨) انظر : المدونة ٤٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٥ .

فصل [٢ ــ في شهادة الأعمى والمحدود في القذف ومن لاتجوز شهادته في الطلاق]

قال مالك : وتجوز شهادة الأعمى على معرفة الصوت في الطلاق وغيره ، وكذلك من سمع جاره من وراء جدار يطلّق[١] وإن لم يره ولم يشهده ، وكذلك القذف يمرُّ به فيسمعه ، فليشهد به وإن لم يشهده .

وتجوز شهادة المحدود في القذف على الطلاق إذا حسنت حالته ، وكان صالحاً فزاد صلاحاً .

ولاتجوز شهادة ذميٍّ على مسلمٍ ، أو ذميٍّ ، ولاتجوز شهادة السيد على طلاق عبده زوجته ، وهي أمةٌ للسيد أو لغيره ، أو حرةٌ ، ولامع رجلٍ يشهد معه ، لأنه عيبٌ يُتّهم على إزالته .

ولاتجوز شهادة النساء في الطلاق[٢] وإن شهدن مع رجل ، لأنها شهادة على حكمٍ يثبت في البدن كالقتل ، ولاتجوز شهادتهن إلا في الأموال ، وفيما يغبن عليه كالولادة والاستهلال[٣] والعيوب ، وتمام هذا في كتاب الشهادات[٤] .

[فصل ٣ ــ فيمن شهد عليه رجلان بأنه أمرهما بكذا وهو ينكر ومن حلف بالطلاق على نفي ماأقر به]

ولو شهد رجلان على رجلٍ أنه أمرهما أن ينكحاه ، أو يبيعا له بيعاً ، وأنهما قد فعلا ، وهو ينكر ، لم تجز شهادتهما ، لأنهما خصمان ، ولو أقر لهما بالوكالة وقال لهما : لم تفعلا ، وقالا : قد فعلنا ، فالقول قولهما .

وإن شهد قومٌ على رجلٍ أنه أعتق عبده ، والعبد والسيد ينكران ، فالعبد حرٌ إذ ليس للعبد أن يُرِقَّ نفسه .

---

(١) "يطلق" ليست في أ ، ب .

(٢) "في الطلاق" ليست في ز .

(٣) الاستهلال : هو صياح المولود عند الولادة.
تنبيه الطالب ص١٣ .

(٤) انظر : المدونة ٤٣/٥-٤٥ .

ومن أقر أنه فعل كذا ، ثم حلف بالطلاق أنه مافعله ، وقال : كنت كاذباً في إقراري ، صدق مع يمينه ، ولايحنث ، ولو أقر بعد يمينه أنه قد فعل ذلك ، ثم قال : كنت كاذباً لم ينفعه ، ولزمه الطلاق بالقضاء[١] .

قال الشيخ : لأن الأول إنما حلف بالطلاق أنه كذب فيما أقر به ، فلاتطلق عليه امرأته ، ويحلف بالله عز وجل أنه كذب ، والثاني أنه أقر أنه حنث في يمينه بالطلاق ، فوجب أن يطلق عليه .

قال ابن القاسم : فإن لم تشهد / البينة على إقراره بعد اليمين ، وعلم هو أنه [١٥٨/أ] كاذبٌ في إقراره عندهم بعد يمينه ، حل له المقام عليها بينه وبين الله تعالى ، ولم يسع امرأته إن سمعت إقراره هذا المقام معه إلا أن لاتجد بينةً ، ولاسلطاناً ، فهي كمن طلقت ثلاثاً ولابينة لها ، فلاتتزين له ، ولايرى لها شعراً ولاوجهاً إن قدرت ، ولايأتيها إلا وهي كارهة ، ولاتنفعها مرافعته ، ولايمين عليه إلا بشاهد[٢] .

[فصل ٤ ــ فيمن شهد عليه بالطلاق وهو ينكر]

قال مالك : ومن طلق زوجته في سفره ثلاثاً ببينة ، ثم قدم قبل البينة فوطئها ثم أتت البينة فشهدوا بذلك ، وهو منكرٌ للطلاق ومقرٌ بالوطء ، فليفرق بينهما ، ولاشيء عليه[٣] .

قال يحيى بن سعيد : ولايضرب[٤] ـ يريد الحد ـ .

قال سحنون : ولو شهد أربعةٌ أنه طلقها ، وأقر الزوج بالوطء بعد وقت الطلاق ، وجحد الطلاق ، حددته .

ولو قالوا : نشهد أنه طلقها ، ثم وطئها حددته أيضاً .

وقد روي عن مالكٍ فيمن شهد عليه[٥] أربعة عدول أنه طلق امرأته ألبتة ، وأنهم رأوه يطؤها بعد ذلك ، وهو مقرٌ بالمسيس ، أنه يفرق بينهما ولاحد عليه .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٤٤/٣-٤٥ ، تهذيب المدونة ص١١٥،١١٦ .

(٢)،(٣)،(٤) انظر : المدونة ٤٦/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .

(٥) "عليه" ليست في أ .

قال سحنون : وأصحابنا يأبون هذه الرواية ، ويرون عليه الحد .

قال الشيخ : وقول سحنون في إيجاب الحد عليه خلافُ للمدونة في التي شهدت عليه البينة في سفره[١] .

وقد اختلف قول[٢] ابن القاسم وأشهب في الأمة يعتقها في سفره ، وتشهد بينةٌ على ذلك ، ثم يقدم فيطؤها ، ويستغلُّها ، فاختلفا في الغلة ، واتفقا أن لاحد عليه ، ولافرق بين هذه وبين الحرة ، والله أعلم .

[فصل ٥ ــ في الدعوى في الطلاق]

ومن المدونة : وإن ادعت امرأةٌ أن زوجها طلقها ، وأقامت شاهداً ، لم تحلف معه ، ولايقضى بشاهدٍ ويمينٍ في طلاقٍ ، ولاقذفٍ ، ولانكاحٍ[٣] ، ولاعتقٍ إلا في الأموال ، وجراح العمد والخطأ يحلف مع شاهده ويقتص في العمد ويأخذ العقل في الخطأ ، كما يقسم[٤] مع الشاهد الواحد في قتل العمد والخطأ[٥] ويستحق مع ذلك القتل في العمد ، والدية في الخطأ .

قال يحيى بن سعيد : من طلق وأشهد ، ثم كتم هو والبينة ذلك إلى حين موته ، فشهدوا بذلك حينئذ ، فلاتجوز شهادتهم إن كانوا حضوراً ، ويعاقبون ، ولها الميراث[٦] .

ومن كتاب ابن المواز : وإذا ماتت المرأة فشهدوا أن الزوج كان طلقها ألبتة فلايرثها ، وإن كان إنما مات هو ورثته[٧] .

---

(١) وقد تقدمت قريبا .
(٢) "قول" ليست في ز .
(٣) "ولانكاح" ليست في ز .
(٤) "كما يقسم" ليست في أ .
(٥) "والخطأ" ليست في أ ، ب .
(٦) انظر : المدونة ٣/٤٦،٤٧ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .
(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٦/أ .

قال الشيخ : جعله ابن القاسم كالمطلق في المرض ، لأن الطلاق إنما يقع يوم الحكم ، ولو كان يوم القول لكان فيه الحد ، وقاله مالكٌ في الذي طلق في سفره ، ثم قدم فوطئ ، ثم قامت عليه البينة ، وهو منكرٌ ، لايحد ،ويفرق بينهما ، وكذلك في سماع ابن القاسم : أنه إن ماتت لم يرثها ، وإن مات ورثته .

قال سحنون : لعل البينة كانوا حضوراً معه فلم يقوموا عليه حتى مات .

ـ **قال الشيخ** : يجب على هذا أن لايثبت طلاقه ، وترثه ويرثها ـ وقد رواها عيسى عن ابن القاسم عن مالك : إن الشهود إن[1] كانوا غِيّباً سنين ، ثم أتوا بعد موته فشهدوا ، قال : ترثه ، ومايدريك ماكان يدرأ به عن نفسه ، أرأيت لو كان حيّاً و لم يُقِر أترجمه؟

وقال يحيى بن عمر : لاترثه .

وذكر الأبهري هذه المسألة على ماقد بيّنا من التفرقة بين موته وموتها ، ثم قال : يحتمل أن يكون معنى المسألة إذا طلقها في مرضه ، بل المسألة كذلك أن يطلقها في مرضه[2] ثلاثاً فترثه ولايرثها[3] .

ومن المدونة : ومن ادعى نكاح امرأةٍ وأنكرت ، فلايمين له عليها / وإن [١٥٨/ب] أقام شاهداً ، ولاتحبس ، ولايثبت النكاح إلا بشاهدين[4] ـ وقد تقدم هذا في كتاب النكاح أتم مما هاهنا[5] ـ .

وإن ادعت امرأة أن زوجها طلقها ، لم يحلف الزوج ، وتُرك وإياها .

ـ **قال الشيخ** : لأن ذلك طريقٌ إلى دعوى من تريد أذى زوجها ، وفراقه وإعناته في كل وقت ـ .

قال ابن القاسم : وإن أقامت شاهداً حلف الزوج ، ومُنع منها حتى يحلف ، وكذلك روي في الحديث[6] ، فإن نكل ، فروي عن مالكٍ أنها تطلق عليه مكانه ، وعدتها من يوم الحكم .

---

(١) "إن" ليست في أ ، ب .

(٢) "في مرضه" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٤٦/أ .

(٤) انظر : المدونة ٢/٢٥٠ .

(٥) انظر ص٢٧٣ .

(٦) يشير إلى قوله عليه الصلاة والسلام : "إذا ادعت المرأة طلاق زوجها فجاءت بشاهدٍ عدلٍ استحلف زوجها" وقد سبق تخريجه ص٧٣٠ .

ـ **قال الشيخ** : لأن نكوله كشاهدٍ آخر ، وروي ذلك عن النبي عليه الصلاة والسلام[١] ـ وروي عن مالكٍ أيضاً أنه يحبس أبدًا حتى يحلف ، أو تطلق عليه .

قال ابن القاسم : وبلغني عنه أنه قال : إذا طال سجنه دُيِّن ، وخُلِّي بينه وبينها ، ولم تطلق عليه وإن لم يحلف ، وهو رأيي[٢] .

قال الشيخ : فوجه قوله : إنه يحبس حتى يحلف ، لأن الشاهد والنكول أضعف من الشاهد واليمين ، فلما لم يحكم بشاهدٍ ويمينٍ في الطلاق كان أن لايحكم بالشاهد والنكول أولى ، والحديث إذا وردت فيه زيادةٌ تردها الأصول كانت الأصول أولى .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا : اعلم أن المرأة إذا أقامت على زوجها شاهداً واحداً بالطلاق فحلف الزوج ، ثم وجدت شاهداً آخر أنه يُلَفَّق إلى الأول ، ويقضى بشهادتهما على الزوج بالطلاق .

وكذلك العبد يقيم شاهداً على سيده بعتقه ، فينكر ويحلف ، ثم يجد العبد شاهدًا آخر ، فإنه يُلَفَّق مع الأول ، ويقضى بعتق العبد ، وهذا منصوصٌ لأهل المذهب .

وإذا أقامت بطلاقه شاهداً فأبى أن يحلف ، فسجن على أحد الأقاويل ؛ فقال ابن نافع في كتاب ابن مُزَين : إذا أبى أن يحلف وطال ذلك على المرأة ضرب له أجل الإيلاء[٣] .

وقال الشيخ أبو عمران : لايدخل عليه الإيلاء في هذا على ماقي المدونة ، ألا ترى أنه قال : يسجن أبداً حتى يحلف ، ففي قوله هذا دليلٌ على أن لامدخل للإيلاء في هذا ، ألا ترى أن الغائب إذا لم يترك لزوجته نفقة ، أو الحاضر إذا امتنع من الوطء لايكون فيه الإيلاء[٤] .

---

(١) وقد سبق تخريجه ص٧٣٠ .

(٢) انظر : المدونة ٤٨،٤٧/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .

(٣)،(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٦/ب ، ٤٧/أ .

قال بعض فقهائنا : وماعتل به أبو عمران لايلزم ، لأن الزوج إن امتنع من الوطء مطلوبٌ به ، ومطلوبٌ بالنفقة ، فالحاكم يطلق عليه إن لم تصل المرأة إلى ذلك ، فيرتفع الضرر عنها .

وفي مسألة ابن نافع : إن لم يدخل عليه الإيلاء ، فالمرأة تبقى أبداً بلاوطء ، والزوج يستطيع دفع ذلك باليمين ، فتركه ضررٌ بها .

فقول ابن نافع لذلك حسن ، ولاحجة لمسألة المدونة أنه يسجن أبداً[١] ، لأن المرأة لم تقم عليه بالوطء ، ولو أقامت عليه لضرب له أجل الإيلاء ، والله أعلم[٢][٣]

ومن المدونة : وامرأتان في ذلك[٤] بمنزلة رجلٍ واحدٍ تحلف إذا كانتا ممن تجوزان شهادتهما في الحقوق ، وكذلك في الحرية[٥] .

قال في كتاب العتق : ولاتجوز في ذلك شهادة أم المرأة ، أو عمتها ، أو خالتها ، وليس ذلك مثل الحقوق ، ولاتحلف الزوجة ، أو العبد مع الشاهد في هذا ولايقضى بشاهدٍ ويمينٍ في ذلك[٦] ، لأن الرسول عليه الصلاة والسلام إنما قضى به في الأموال[٧] ، والطلاق من معنى الحدود[٨] [٩] .

ومن العتبية : قال سحنون في المرأة تدعي أن زوجها طلقها ولابينة لها ، ثم مات الزوج ، فطلبت ميراثها منه ، وقالت : كنت كاذبةً فيما ادعيت[١٠] ، قال : لها الميراث[١١] .

---

(١) كما تقدم قريباً .

(٢) في أ ، ب تكرار لما تقدم من قوله : ومن المدونة : وإن ادعت امرأة أن زوجها طلقها ص٧٣٨ إلى هذا الموضع .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٤٧/أ .

(٤) أي في الشهادة على الطلاق .

(٥) انظر : المدونة ٤٨/٣ .

(٦) في الطلاق والعتق .

(٧) أخرجه مسلم ، كتاب الأقضية ، باب القضاء باليمين والشاهد ١٣٣٧/٣ رقم (١٧١٢) .

(٨) "والطلاق من معنى الحدود" ليست في ز .

(٩) انظر : المدونة ٢٢٧/٣، ٢٢٨ .

(١٠) في العتبية : قالت : إنما ادعيت ذلك لأني كنت أبغض المقام معه ، ولم يطلقني .

(١١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤٥١/٥ .

قال : وكذلك إذا جحدت النكاح ، ثم أقرت بعد موته ، فلها الميراث ، ثم قال : لاأرى لهذه ميراثاً بخلاف المدعية الطلاق ، لأن هذه لم يثبت لها عقد نكاح[١].

قال أبو بكر بن اللبَّاد : وقال بعض رواة أهل المدينة : إن أكذبت نفسها بعد موت زوجها مدعيةً الطلاق فلاميراث لها ، وإن أكذبت نفسها في حياته ثم مات فلها الميراث[٢] .

وقال سحنون في التي تدعي طلاق زوجها ألبتة ولاتثبت ذلك[٣] ، ثم تفتدي منه ثم[٤] تريد تزويجه قبل زوج ، وتزعم أنها كذبت أولاً ، قال : لايقبل قولها ، ولاتنكحه إلا بعد زوج ، وليس كالميراث ، وروى أصبغ عن ابن القاسم نحوه[٥] .

ومن كتاب ابن المواز : قال في الأمة تعتق وهي تحت عبدٍ فتختار نفسها ولانية لها : فهي واحدةٌ بائنة .

قلت : فإن قالت بعد أن اختارت : إنما أردت ألبتة؟

قال : لايقبل منها ما لم يتبين ذلك عند اختيارها / في الحكم ، ويقال لها : [١٥٩/ب] إن كنت صادقةً فلاتتزوجيه إلا بعد زوجٍ والأمر في ذلك إليك ، وليتورَّع هو عنها.

قال محمد : ولم يعجبنا هذا الجواب ، بل يمنع منها إلا بعد زوج ، وهي كالمرأة تغرُّ وقد ملكت نفسها بخلعٍ ، أو صلحٍ أن زوجها كان طلقها ألبتة ، فلاتمكَّن منه إلا بعد زوج .

وكذلك التي تدعي أن زوجها كان طلقها ألبتة ، وهو ينكر ، ثم يصالحها ، وتبين منه بعد طلقةٍ فتريد تزويجه ، وتقول :كنت كاذبةً ، وإنما أردت الراحة منه ، فإن لم تكن ذكرت ذلك بعد أن بانت منه لم تمنع من نكاحه ، وأمرها إلى الله عز

---

(١)،(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٦/ب .

(٣) أي ببينة .

(٤) "ثم" ليست في أ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٤٦/ب .

وحل ، وإن أقرت بعد أن بانت منه بأنه كان طلقها ألبتة مُنِعَت منه[١] حتى تنكح زوجاً غيره .

قال ابن المواز : والتي تزعم أن زوجها طلقها ولا بينة لها فلتفتد منه بما قدرت عليه ، وإن قدرت على[٢] ضربه وقتله إذا أرادها فلتفعل ، وهو كالعادي والمحارِب[٣] .

وبالله التوفيق[٤] ، لاربَّ غيره لاإله إلا هو .

كَمُل كتاب الأيمان بالطلاق بحمد الله وحسن عونه وتوفيقه الجميل ومنّه ، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمدٍ وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً

---

(١) "منه" ليست في ز .

(٢) "على" ليست في ز .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٧/ب ، تهذيب الطالب ل ٤٦/ب .

(٤) "لاربَّ غيره لاإله إلا هو ، كمل كتاب ...الخ" ليس في ز .

[الكتاب التاسع]
كتاب الظهار[١]

[الباب الأول]
باب جامع القول في الظهار وما يلزم منه وما لا يلزم

[فصل ١ ـ في الظهار وأدلة تحريمه]

قال الله تبارك وتعالى : ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ﴾[٢] .

وقال القاضي عبد الوهاب : فالظهار يحرُم[٣] بهذه الآية ، وفيها على تحريمه أدلة : أحدها : إكذابهم في تشبيههم الزوجة بالأم ، والثاني : إخباره بأنه منكرٌ من القول وزور ، والثالث : إخباره تعالى بأنه يغفر ويعفو عنه[٤] .

---

(١) الظهار لغة : يقال : ظاهر الرجل امرأته ، ومنها ، مُظاهرةً وظِهاراً إذا قال : هي عليَّ كظهر ذات رحم ، وأصله مأخوذ من الظَّهْر ، لأن الظهر موضع الركوب ، والمرأة مركوبةٌ إذا غُشِيَت ، فكأنه إذا قال: أنت علي كظهر أمي ، أراد : ركوبك للنكاح علي حرامٌ كركوب أمي للنكاح . انظر : اللسان ، مادة (ظَهَرَ) .
وشرعاً : تشبيه زوجٍ زوجَه أو ذي أمة حل وطؤه إياها بمحرَمٍ منه أو بظهر أجنبيةٍ في تمتعه بهما والجزء كالكل والمعلّق كالحاصل . شرح حدود ابن عرفة ١/٢٩٥ .

(٢) سورة المجادلة : آية ٢ .

(٣) "يحرم" ليست في أ .

(٤) انظر : المعونة ٢/٨٨٨ .

قال أبو داود[١] : ونزلت آية الظهار في شأن خُويلة بنت مالك[٢] ، قالت : ظاهر مني زوجي أَوسُ بن الصَّامت[٣] ، فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه ويقول لي : اتقي الله فإنه ابن عَمِّك ، فما بَرِحَت حتى نزل القرآن : ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ﴾[٤][٥] .

قال الشيخ : ومن أوجبه على نفسه لزمه لقوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[٦] فقد ألزمه الله تعالى الظهار وأوجب عليه الكفارة إن أراد العودة من قبل أن يتماسَّا ، والدليل أن العودة إرادة الوطء لانفس الوطء أنه أوجب فيه الكفارة قبل الوطء ، لقوله تعالى : ﴿مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ وهو الصحيح / من قول مالك[٧] . [١٦٠/أ]

---

(١) لعله سليمان بن الأشعث بن شدَّاد بن عمرو بن عامر السجستاني الأزدي ، الإمام ، شيخ السنة ، محدث البصرة ، كان رأساً في الحديث رأساً في الفقه ، ذا جلالة وصلاح وورع ، له السنن المشهورة وكتاب المراسيل ، وكتاب الزهد . توفي بالبصرة سنة ٢٧٥هـ .
انظر : سير أعلام النبلاء ٥٦٧/١٠ ، شذرات الذهب ١٦٧/٢ ، الأعلام ١٢٢/٣ .

(٢) هي خولة بنت مالك بن ثعلبة بن أصرم بن فهر من بني عمرو بن عوف ، ويقال : خولة بنت حكيم ، ويقال : خويلة بالتصغير ، وقول : خولة أكثر ، نزلت فيها وفي زوجها آية الظهار .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٢٨٢/٤ .

(٣) هو أوس بن الصامت بن قيس بن أصرم بن فهر الخزرجي الأنصاري ، أخو عبادة بن الصامت شهد بدراً وأحداً وسائر المشاهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بقي إلى زمن عثمان .
انظر : الطبقات ٤١٣/٣ ، الاستيعاب مع الإصابة ٤٩/١ ، الإصابة ٩٧/١ .

(٤) سورة المجادلة : آية ١ .

(٥) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب في الظهار ٦٦٢/٢ رقم (٢٢١٤) ، وابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب الظهار ٦٦٦/١ رقم (٢٠٦٣) ، وأحمد ٤٣٨/٦ رقم (٢٧٣٨٦) ، وابن حبان ، كتاب الرضاع ، باب الظهار ٢٣٨/٦ رقم (٤٢٦٥) وصححه ، والحاكم ، كتاب التفسير ، تفسير سورة المجادلة ٥٢٣/٢ رقم (٣٧٩١) وصححه ،ووافقه الذهبي .

(٦) سورة المجادلة : آية ٣ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٧/أ .

قال الشيخ : ويحتمل أن يكون أراد به الوطء ، لأنهم حرّموا علـى أنفسـهم الوطء بالظهار ، فإذا عادوا إليه لزمتهم الكفارة من قبل أن يتماسّا ثانيةً ، ولاوجـه لقول من قـال : إن العـودة إعـادة قـول الظهـار ، لأن القـول الأول إمـا أن يكـون أوجب التحريم فالكفارة تجب بإزالة التحريم ، وهو بالعزم على الوطء ، أو بالوطء نفسه ، أو يكون القول [الأول][1] لم يوجب تحريماً فالقول الثاني مثله ، ولاتجب في الوجهين كفارة ، وذلك خلاف القرآن فيبطل ماقالوه[2] .

[فصل ٢ ـــ فيما يكون ظهارا من القول]

ومن المدونة : قال ابن القاسم فيمن قال لامرأته : أنت علـيَّ كظهـر أمـي . فهو مظاهر .

ـ **قال الشيخ** : وهذا صريح الظهار ـ .

قال مالك : ومن ظاهر بشيءٍ مـن ذوات محارمـه مـن نسـبٍ أو رضـاعٍ فهـو مظاهر .

قال ابن القاسم : وإن ظاهر من صِهْرٍ[3] فهو مظاهر .

ـ **قال الشيخ** : لأن هؤلاء كلهن محرماتٌ على التأبيد كالأمهات ـ .

قال : وإن قال لها : أنت عليّ كرأس أمـي أو كقدمهـا أو كفخذهـا ونحـوه، فهو مظاهر .

ـ **قال الشيخ** : لأنه عضوٌ من ذات محرَمٍ كالظهر ـ .

قال : وقد قال مالك فيمن قال : أنت عليّ مثل أمي ، أنه مظاهر .

---

(١) ليست في جميع النسخ .

(٢) قال عبد الحق : فإذا بطل أن تكون العودة نفس الوطء وبطل أن تكون تكرار القول لما ذكرنـا لم يبق إلا أنها الرجوع إلى الوطء ، قصدوا الحظر على أنفسـهم فرجعـوا إلى إستباحته فـأُمروا بالكفارة عند ارادتهم إستباحة مامنعوا منه أنفسهم بما وقع منهم من المنكر والزور .
المصدر نفسه ل٢٧/أ،ب .

(٣) في أ ، ب "ظهر" .

وقال بعض كبار أصحاب مالك : إذا وجدت القائل لزوجته : رأسك طالق أصبعك طالق ، يدك حرام ، فرجك حرامٌ ، بطنك حرامٌ ، قدمك حرامٌ ، يجب عليه في ذلك الطلاق كما أن القائل لزوجته : رأسك علي كظهر أمي ، مظاهر ، وكذلك في العضو والبطن والفرج والظهر ، وكذلك في ذوات المحارم ، ويلزمه بكل ذلك الظهار .

قال مالك : وإن قال لها : أنت عليَّ حرام مثل أمي ، ولانية له فهو مظاهر .

قال ابن القاسم : وقوله : حرامٌ كأمي ، عندي مثله ،وهذا مما لااختلاف فيه.

قيل له[1] : لِمَ جعله مالك مُظاهراً ولم يجعله ألبتة ، وهو يقول في الحرام أنه ألبتة؟

قال : لأنه جعل للحرام مخرجاً حين قال : مثل أمي .

قال غيره من كبار أصحاب مالك : ولاتحرم به ، لأن الله عز وجل أنزل الكفارة في الظهار ، ولايعقل من لفظ به فيه شيئاً سوى التحريم ، وروى ابن نافع عن مالكٍ نحوه .

قال ابن القاسم : ولو لم يذكر أمه كان البتات في قول مالك[2] .

قال مالك[3] في كتاب ابن المواز : قوله : أنت عليَّ حرامٌ كأمي ، أو مثل أمي ، أو أحرم من أمي ، ظهارٌ مالم يرد به الطلاق ، وكذلك عنه في سماع ابن القاسم ، وقاله ابن القاسم .

وروى عنه عيسى في "أنت أحرم من أمي" أنها ألبتة .

قال ابن المواز[4] : قال عبد الملك في قوله : أنت أحرم من أمي ، ينوي الطلاق أنه الظهار ، وقد قصد القائلون بالظهار التحريم ، ولم يعرفوا غيره ، فأنزل الله عز وجل فيه الكفارة .

---

(١) "له" ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٣/٤٩،٥٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٠ .

(٣) "مالك" ليست في أ .

(٤) "قال ابن المواز" ليست في ز .

قال ابن المواز : إنما هذا فيمن سمى الظهر عند مالك ، فأما من لم يسمه فيلزمه مانوى ، فإن لم ينو شيئاً فهو مظاهر[١] .

[فصل ٣ ــ فيمن قال : أنت علي كظهر فلانة ، لامرأةٍ أجنبية]

ومن المدونة : قال مالك : وإن قال لها : أنت عليّ كظهر فلانة ، لامرأةٍ[٢] أجنبيةٍ فهو مظاهر .

قال ابن القاسم : وسواءٌ كانت ذات زوجٍ أم لا[٣] .

وقال غيره : هي طالقٌ ولايكون مظاهرًا ، وهو قول عبد الملك[٤] .

قال الشيخ : فوجه قول ابن القاسم في ثبوته : أنه[٥] شبّه امرأته بظهرٍ محرَّمٍ عليه كالأم .

ووجه قول عبد الملك : أن الظهار يتعلق بتحريمٍ مؤبدٍ وذلك مُنتفٍ في الأجنبية ، والتشبيه بها[٦] يقتضي أن تحرم عليه كتحريمها ، وذلك لايكون إلا بالطلاق ، ولأن الظهار إنما نزل في التشبيه بذوات المحارم ، فلايعدَّى به بابه ، ويلزم من ظاهر بغيرهن ماألزم نفسه من أنها تحرم عليه كالأجنبية ، وذلك لايكون إلا بالطلاق كتشبيهه إياها بالدم ولحم[٧] الخنزير . / [١٦٠/ب]

قال الشيخ : ولاينوَّى به غيره وإن نوى به الظهار ، إلا أنه[٨] إن قال :

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦١/أ .

(٢) "امرأة" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٣/٥٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٠ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦١/أ .

(٥) في أ ، ب "في أنه ينويه" .

(٦) "بها" ليست في أ .

(٧) "لحم" ليست في ز .

(٨) "أنه" ليست في أ ، ب .

نويت به الظهار ، لزمه الظهار ، وإن تزوجها بعد زوجٍ أخذه بالبتات بإقراره وبالظهار بنيته .

قال الشيخ : وقول ابن القاسم أولى ، لأن الأم تحريمها تحريم مؤبد ، والأجنبية قد تحل له يوماً ما ، فلاتكون أشد حالاًمن الأم إذا سمّى الظهر .

[فصل ٤ ــ فيمن قال : أنت علي كفلانة الأجنبية ، ولم يذكر الظهر]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت علي كفلانة الأجنبية ، ولم يذكر الظهر فهو البتات ، وإن قال : كفلانة ، في ذوات المحارم فهو ظهار ، لأن هذا وجه الظهار ، إلا أن يريد التحريم فهو البتات[١] .

قال الشيخ : اعرف قوله : إلا أن يريد التحريم فهو البتات ، أنه بخلافه إذا سمّى الظهر في ذوات المحارم أنه ظهارٌ وإن نوى به التحريم .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : وإن جاء مستفتياً وقال : أردت في الأجنبية الظهار ، صُدِّق ، قال : وإنما معنى مسألة الكتاب[٢] إذا قال : لم تكن لي نية ، أو شهدت عليه بذلك بينة فقال : أردت بذلك الظهار ، فإنها تطلق عليه ، ثم إن تزوجها بعد زوجٍ لزمه الظهر بما نوى في أول قوله .

وقال ابن المواز : قال مالك وأصحابه : إذا سمى الظهر في الأجنبية فهو ظهارٌ وإن نوى به[٣] الطلاق ، وإن قال : كفلانة ، وهي أجنبية ، فقال عبد الملك : هو طلاق ، ولاينفعه إن أراد الظهار ، وكذلك قوله : أحرم من فلانة ، وقال أشهب : هو ظهارٌ إلا أن يريد به الطلاق[٤] .

---

(١) انظر : المدونة ٣/٥٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٠ .

(٢) أي مسألة : إن قال لها : أنت علي كفلانة الأجنبية ، ولم يذكر الظهر .

(٣) "به" ليست في أ ، ب .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦١/أ .

قال الشيخ : وهذه الرواية أعدل إذا سمى الظهر في الأجنبية أنه يكون مظاهراً بلااختلاف من مالكٍ وأصحابه .

قال ابن سحنون : قال أصبغ : وقيل في التظاهر بالأجنبية لايلزمه ظهارٌ ، لأنه يحل له نكاحها ، وقال مالك وأصحابه : هو مظاهر ، لأنها في وقته عليه حرام.

قال سحنون : وإن قال لامرأته : أنت علي كظهر فلانة الأجنبية إن دخلت الدار ، ثم تزوج فلانة ، ثم دخل الدار ، فلاشيء عليه .

قال أبو محمد : انظر : إن دخل الدار ثم تزوجها قبل يكفِّر[١] .

قال الشيخ : والذي أرى أن الظهار قد لزمه بدخول الدار ، ولايلزمه تزويج الأجنبية كما لو ماتت الأجنبية بعد دخوله الدار .

[فصل ٥ ــ فيمن قال : أنت علي كظهر أبي أو غلامي]

قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت علي كظهر أبي أو غلامي،فهو مظاهرٌ وقاله أصبغ[٢] .

وقال ابن حبيب : لايلزمه ظهارٌ ولاطلاقٌ ، وإنه لمنكَرٌ من القول .

قال : وإن قال : أنت علي كأبي أو كغلامي ، فهو تحريم[٣] .

قال الشيخ : والصواب ماقاله ابن القاسم ، لأن الأب والغلام محرَّمان عليه كالأم وأشد ، ولاوجه لقول ابن حبيب ، لافي أنه لم يلزمه الظهار ولاالطلاق إذا سمَّى الظهر ، ولافي أنه ألزمه التحريم إذا لم يسم الظهر ، لأن من لايلزمه فيه شيءٌ إذا سمَّى ظَهْرًا لايلزمه شيءٌ إذا لم يسم الظهر كتشبيهه زوجته بزوجةٍ له أخرى أو أمةٍ له .

---

(١)،(٢)،(٣) المصدر نفسه ل٣٦١/أ .

[فصل ٦ ــ فيمن قال : أنت عليَّ مثل كل شيءٍ حرَّمه الكتاب أو أنت عليَّ كبعض ماحرم من النساء]

ومن المدونة : قال ربيعة :وإن قال لها : أنت عليَّ مثل كل شيءٍ حرمه الكتاب ، فعليه الظهار ، لأن الكتاب حرم عليه أُمَّهُ[1] وغيرها[2] مما حرم الله عز وجل[3][4] .

قال الشيخ : وقال بقول ربيعة ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ ، وقال ابن نافع : بل هو البتات ، لأن الكتاب حرم الميتة والخنزير[5] وغيرهما[6] .

قال الشيخ : والقياس عندي أن يلزمه الظهار والطلاق ثلاثاً ، وكأنه قال لها: أنت علي كأمي وكالميتة والدم ولحم الخنزير ، فيلزمه الظهار بتشبيهه بالأم والتحريم بالميتة والدم وغيرهما ؛ فتطلق عليه الآن ثلاثاً ، فإن تزوجها بعد زوجٍ لزمه الظهار.

ومن المدونة : قال ربيعة وابن شهاب : وإن قال لها : أنت علي كبعض ماحرم علي من النساء ، فذلك ظهار[7] .

قال سحنون في العتبية : إن قال لها : / أنت أمي ، في يمينٍ أو في غير يمين ، [١٦١/أ] فهو ظهار[8] .

---

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ سورة النساء : آية ٢٣ .

(٢) في أ ، ب "أو" بدل الواو .

(٣) كالميتة والدم ولحم الخنزير والخمر ونحوها .

(٤) انظر : المدونة ٥١/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٠ .

(٥) يشير إلى قوله تعالى : ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾ . سورة البقرة : آية ١٧٣ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٧/ب .

(٧) انظر : المدونة ٥١/٣ .

(٨) وهو لابن القاسم أيضاً ، انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٨٨/٥ ، النوادر والزيادات ل٣٦٠/ب .

قال محمد : إلا أن ينوي به الطلاق فيكون البتات ، ولاينفعه إن نوى واحدة[1] .

قال سحنون : وإن قال : إن وطئتك وطئت أمي ، فلاشيء عليه ، وإن قال : ياأمه وياأخته ، فلاشيء عليه ، قاله ابن القاسم في المدونة .

[فصل ٧ ــ في الظهار من الإماء ، والذمي يظاهر ثم يسلم]

ومن الظهار قال مالك : ومن تظاهر من أمته ، أو من أم ولده ، أو من مدبرته ، فهو مظاهر[2] ، لعموم الآية[3] ،وقاله علي بن أبي طالب رضي الله عنه وغيره[4] .

قال ابن شهاب : قال الله تعالى : ﴿وَلَاتَنكِحُواْ مَانَكَحَ آبَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[5] ، فالسرِّيَّة من النساء وهي أمة[6] .

وقال أبو حنيفة والشافعي : لاظهار في ملك اليمين[7] ، والحجة عليهما ماقدمنا من الكتاب والسنة[8] .

ومن المدونة : وإن تظاهر من معتقةٍ إلى أجل لم يكن مظاهراً[9] .

قال أبو محمد : وكذلك من أمةٍ يملك بعضها ، لأنهما لايحلان له[10] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٣٦٠/أ .

(٢) انظر : المدونة ٣/٥١ .

(٣) أي آية الظهار وهي قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ سورة المجادلة :آية ٣ .
قال القاضي عبد الوهاب : ولأنه فرجٌ محللٌ له فصح ظهاره منه كالزوجة . المعونة ٢/٨٩٠ .

(٤) كسعيد بن المسيب وسالم بن عبد الله وابن شهاب ويحيى بن سعيد وسليمان بن يسار وعبدالله ابن أبي سلمة وربيعة ومكحول ومجاهد . انظر : المدونة ٣/٥١ .

(٥) سورة النساء : آية ٢٢ .

(٦) المصدر نفسه ٣/٥١ .

(٧) انظر : مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٣/٦٩ ، الأم ٥/٣٩٦ .

(٨) أي عموم آيات وأحاديث الظهار .

(٩) انظر : المدونة ٣/٥١ ، تهذيب المدونة ص١٢٠ .

(١٠) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٣/أ .

قال الشيخ : لأن الله تعالى إنما جعل الظهار والطلاق للرجال بقوله تعالى : ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ﴾[١] ، وبقوله تعالى : ﴿وَإِن طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾[٢] ، وقوله تعالى : ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ﴾[٣] ، ولامدخل للنساء مع الرجال في ظهارٍ أو في طلاقٍ أو تمليكٍ إلا أن يُجعلَ لهن ذلك .

[فصل ١٠ ـ في ظهار الصبي والمعتوه والمكره]

ومن المدونة : ولايلزم الصبي ولاالمعتوه الذي لايعقل ولاالمكره ظهارٌ ولاطلاقٌ ولاعتق[٤] .

قال الشيخ : لقوله صلى الله عليه وسلم : "رُفع القلم عن ثلاثة ـ فذكر الصبي حتى يحتلم ، والمجنون حتى يفيق"[٥] ، وقال صلى الله عليه وسلم : "حُمِلَ عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"[٦] ، ولأن المكرَه غير قاصدٍ لما استُكرِهَ عليه وقد قال عليه الصلاة والسلام : "إنما الأعمال بالنيات"[٧] ، وقال تعالى : ﴿إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ﴾[٨] .

---

(١) سورة المجادلة : آية ٣ .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٣٧ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٣٠ .

(٤) انظر : المدونة ٥١/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٠ .

(٥) سبق تخريجه ص٧٠٢ .

(٦) سبق تخريجه ص٧٠٣ .

(٧) سبق تخريجه ص٤٥١ .

(٨) سورة النحل : آية ١٠٦

فصل [١١ ــ في ظهار السفيه]

ومن كتاب ابن المواز : والسفيه إذا ظاهر لزمه وتنظر له وليه في أن يكفر عنه أو يطلق عليه ويزوجه غيرها ، وقاله سحنون .

ابن المواز : وقيل : يصالح عنه .

قال أصبغ : ولايجزئه إلا العتق إن كان له مال ، فإن لم يكن له مالٌ صام ، ولايمتنع من الصوم ، فإن أبى فهو مضار .

وقال ابن المواز : إذا لم ير له[1] وليه أن يكفّر بالعتق فله هو أن يكفّر بالصيام قال : ولو رأى له وليه أن يكفّر عنه بالعتق فكفّر به ثم ظاهر ثانية فلايعتق عليه ثانية ، قال : فإن لم ير له أن يكفّر بالعتق طلق عليه من غير أن يضرب له أجل الإيلاء .

ابن المواز : وأحب إلي أن لايطلق عليه إلا بتوقيف الإيلاء إن طلبت المرأة ذلك فيوقف لها بعد أربعة أشهر ، فإن قال : أنا أصوم شهرين ، تُرِك وأجزأه ، لأنه في ملائه ممنوعٌ من ماله ، وله أن يبدأ في الصوم من الآن ، لأنه يقول : كنت أرجو أن يعتق عني وليي ، فإن لم يصم طلقت عليه .

قال : وقال ابن وهب في العتبية : وله أن يعتق بغير إذن وليه إن كان مليئاً ، فإن لم يكن له إلا رأس لم أحب له إلا الصيام[2] .

[فصل ١٢ ــ في ظهار السكران]

ومن المدونة : قال مالك : ويلزم السكران الطلاق .

قال ابن القاسم : وكذلك الظهار عندي يلزمه ، لأن الظهار إنما يجرّ إلى الطلاق[3] .

---

(١) "له" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٢/ب ، ٣٦٣/أ .

(٣) انظر : المدونة ٣/٥٢ ، تهذيب المدونة ص١٢٠ .

[فصل ١٦ ـــ فيمن نوى بالظهار الطلاق]

ومن المدونة : قيل لابن القاسم : فكل كلام تكلم به رجل ينوي به الظهار أو الإيلاء أو التمليك[1] أو الخيار أيكون كما نوى به؟

قال : نعم ، إذا أراد أنك بما قلت عنيرةً أو مظاهر منها [أو مطلقة][2][3] .

ابن المواز : أما إذا قال : أنت علي كظهر أمي ، ينوي الطلاق فهو مظاهر ، ولو نوى أنك بما أقول من ذلك طالق لم يلزمه إلا الظهار .

قال : وقاله لي ابن عبد الحكم ، قال : وقد أنزل الله عز وجل الكفارة في الظهار فيمن قصد به[4] الطلاق ، وكانوا في الجاهلية يجعلونه طلاقاً ، وقاله كله مالك .

قال ابن سحنون : وروى عيسى عن ابن القاسم أنها ثلاث ، ولاينفعه إن نوى أقل من ذلك ، وقال سحنون : له مانوى من الطلاق[5] .

[قال الشيخ] : فوجه قول مالك أنه لايكون طلاقاً وإن نواه : فلأن الظهار قد جعل فيه الكفارة لمن قصد به التحريم فهو على ذلك لايتغير عنه .

ووجه قول ابن القاسم أنه يلزمه البتات : فلأنه نوى بما يلزمه فيه ظهار البتات ، فوجب أن يلزمه ، أصله إذا قال : أنت كأمي ، وإنما لم ينوِّ : لأنه جعلها كأمه ، ولاتحرم كأمه إلا بالطلاق ثلاثاً .

ووجه قول سحنون أن له مانوى : فلأنه نقلها بنيته من الظهار إلى الطلاق وهو أقوى ، فيلزمه مانوى ، ولأنه بلفظ لايلزمه فيه الطلاق فوجب أن يلزمه مانوى كقوله : ادخلي الدار ، يريد به الطلاق ، أن ذلك يلزمه وينوى فيه .

قال الشيخ : وقول مالك أولى لما بينّا ، وبالله التوفيق .

---

(١) "أو التمليك" ليست في ز .
(٢) من المدونة وتهذيب المدونة .
(٣) انظر : المدونة ٣/٥٥ ، تهذيب المدونة ص١٢٠ .
(٤) أي : بلفظ : أنت علي كظهر أمي .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٠/ب .

قال ابن المواز : قال مالك : وأما إن قال لها : أنت علي[1] كأمي ، أو أنت أمي ، فهو ظهار ، إلا أن يريد به الطلاق فيكون البتة ، وإن نوى واحدة فهي البتة وإن لم تكن له نية فهو ظهار ..

ولو نوى الطلاق فطلقت عليه ، ثم تزوجها بعد زوج فلا كفارة عليه للظهار[2] ..

قال أبو بكر الأبهري : مذهب مالك رحمه الله أن صريح الظهار لا يكون طلاقاً ، وصريح الطلاق لا يكون ظهاراً ، مثل أن يقول : أنت علي كظهر أمي ، يريد به الطلاق ، أو : أنت طالق ، يريد به الظهار ، من قبل أنه لا يجوز أن ينقل أصلاً من الأصول التي جعلها الله تعالى لحكم ما إلى أصل آخر أوجب فيه حكماً خلافه ..

قال : وإن كنى الظهار مثل قوله : // أنت كأمي ، أو مثل أختي ، إذا أراد ١٦٣/ب به الطلاق كان طلاقاً ، لأنه نقله إلى ما هو أقوى منه ، لأن الطلاق يزيل العصمة ، وكنى الظهار لا يزيلها ..

قال : وإن كنى الطلاق مثل قوله : أنت برية ، أو خلية ، لا يكون ظهاراً ، لأن كنى الطلاق يزيل العصمة أيضاً ، والظهار إنما يحرم الوطء ، فهو أضعف منه فلا ينقله إلى ما هو أضعف منه[3] ..

قال ابن المواز : وما كان في الزوجة ظهاراً فهو في الأمة ظهار ، وإن نوى به العتق لم يكن عتقاً ، وما خرج إلى الطلاق في الزوجة فهو يخرج إلى الحرية في الأمة إذا كان على وجه التحريم واليمين[4] ..

---

(١) "علي" ليست في أ ، ب ..

(٢) انظر : المصدر نفسه ل١٠٠/ب ..

(٣) انظر : النكت والفروق ل١١٨/ب ، ٨٣/أ ..

(٤) تهذيب الطالب ل ٣٧/ب ..

فصل [٣ ـ فيمن كرر الظهار في زوجته]

قال مالك : وإن قال لامرأته : أنت علي كظهر أمي ، فقال لها ذلك مراراً في شيء واحد ، أو في غير شيء ، فليس عليه إلا كفارة واحدة ، وإن قال لها ذلك في أشياء مختلفة ، مثل أن يحلف بالظهار إن دخل هذه الدار ، ثم يحلف به إن لبس هذا الثوب ، ثم يحلف به إن أكل هذا الطعام ، فعليه لكل شيء يفعله من ذلك[١] كفارة ، لأن هذه أشياء مختلفة ، فصارت أيمانا بالظهار مختلفة[٢] .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت علي كظهر أمي ، أنت علي كظهر أمي ، أنت علي كظهر أمي ، ثلاث مرات ، ينوي بقوله الظهار ثلاث مرات ، فلا تلزمه إلا كفارة واحدة ، إلا أن ينوي ثلاث كفارات ، فتلزمه ثلاث كفارات ، مثل الذي يحلف بالله تعالى ثلاث مرات ينوي ثلاث كفارات فيلزمه ذلك إن حنث[٣] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي محمد بن أبي زيد أنه قال : لا يطأ حتى يؤدي الثلاث كفارات[٤] .

قال أبو الحسن القابسي : فإن كفر كفارة واحدة حل له الوطء ، والباقي إنما هو كالطعام نذر ، ولو وطئ ثم مات وأوصى بهذه الكفارات وضاق الثلث فإن الواحدة منها تبدأ ككفارة الظهار ، والاثنتان تبدأ عليهما كفارة اليمين بالله تعالى ، لأنهما نذور ، ونحو قول أبي الحسن ذكر عن أبي عمران ، وهو الصواب إن شاء الله عز وجل[٥] .

ابن المواز : ولو كرر الظهار في وقت بعد وقت فكفارة واحدة تجزئه ، ولو أخذ في الكفارة عن الظهار[٦] ، ثم قال لها : أنت علي كظهر أمي ، فليبتدئ من الآن كفارة واحدة وتجزئه ، وقيل : بل يتم الأولى ويبتدئ كفارة ثانية .

---

(١) "من ذلك" ليست في ز .

(٢)(٣) انظر : المدونة ٣/٥٤،٥٥ ، تهذيب المدونة ص ١١٢٠ .

(٤)(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٢٨/أ،ب .

(٦) في ز زيادة "الأولى" .

قال ابن المواز : وهذا أحب إلي إذا كان لم يبق من الأولى إلا اليسير ، وأما إن مضى منها يومان أو ثلاثة فليتمه وتجزئه لهما ، لأنه قل ما لتفاوت منه[١] .

وقال أصبغ في المستخرجة : سواءٌ مضى أكثر الكفارة أو أقلها فإنه يجزئه أن يبتدئ الكفارة عن الظهارين إذا كان نوعاً واحداً ، مثل أن يقول : أنت علي كظهر أمي ، ثم يقول وقد أخذ في الكفارة مثل ذلك .

قال : وكذلك[٢] لو كان الأول بيمين حنث فيها ، والثاني قولاً بغير يمين فإنه يجزئه أن يبتدئ الكفارة من يوم ظهاره الثاني ، والثاني كالتوكيد للأول .

قال : ولو كان الأول قولاً بغير يمين ، والثاني بيمين حنث فيها فليتم الكفارة الأولى ويبتدئ كفارةً ثانيةً للظهار الثاني[٣] .

قال الشيخ : فوجه قول[٤] من قال : إنه يبتدئ من الآن كفارةً واحدةً وتجزئه ، فلأن تكرار الظهار المجرد إنما يوجب كفارةً واحدةً ، فهو لو لم يبتدئ الأولى حتى ظاهر منها ثانيةً لم تكن عليه إلا كفارةٌ واحدةٌ ، فإذا ابتدأ الأولى لم يكن عليه إلا إسقاط ما مضى ، لأنه قبل لزوم الثانية فلا تجزئ عنها ، وابتداء الكفارة من الآن ، وتجزئ عن الظهار الأول والثاني ، وهذا كحد القاذف إذا كرر قذفه لرجل واحد أو لجماعة ، فإنما عليه لذلك كله حدٌّ واحدٌ ، فلو أخذ في حده ثم قذف في خلال حده الذي حُدَّ له أو غيره لابتدأ الحد عليه من الآن وتجزئه ، وكالأحداث التي يجب الوضوء لأحدها أو لجميعها ، فلو أخذ في الوضوء ثم أحدث لأجزأ ابتداء الوضوء لها ، وهذا بيّنٌ صوابه . // [١٦٣/ب]

ووجه قول[٤] من قال : بل يتم الأولى ويبتدئ الثانية ، فلأن الكفارة إنما تبتدئ بعد نية العودة ، لقوله تعالى : ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[٥] ، فهذا

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦١/ب .

(٢) "كذلك" ليست في ر .

(٣) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/١٩٩، ٢٠٠ ، النوادر والزيادات ل٣٦١/ب .

(٤) "قول" ليست في أ ، ب في الموضعين .

(٥) سورة المجادلة : آية ٣ .

قال أبو زيد عن ابن القاسم: ولو أنه لما صام أياماً أراد أن يبر بالتزويج فتزوج، فقد أسقط عنه الكفارة وبطل عنه الصيام[1].

قال الشيخ: وعلى قول من قال: يلزمه تمامها إذا ابتدأ فيها، لا يسقط التزويج عنه تمامها.

وفي مختصر ابن عبد الحكم قال: وإذا ظاهر منها ووطئ، ثم ظاهر ثانية فعليه أيضاً الكفارة ثانية[2].

[فصل ٤ — في دليل لزوم كفارة واحدة على من ظاهر من جماعة نسائه]

ومن المدونة قد تقدم[3]: أن من قال لأربع نسوة: أنتن علي كظهر أمي، فإنما عليه كفارة واحدة[4].

قال الشيخ: وذهب الشافعي: أن عليه لكل واحدة كفارة[5].

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[6] الآية، فجميع النساء إذا ظاهر الرجل منهن فإنما عليه كفارة واحدة.

---

(١) العتبية مع البيان والتحصيل ٢٠٤/٥، النوادر والزيادات ل٣٦١/ب.

(٢) انظر: المصدر نفسه ل٣٦١/ب.

(٣) أي في الفصل الثاني من هذا الباب ص٧٦٢.

(٤) انظر: المدونة ٥٤/٣.

(٥) انظر: الأم ٣٩٩/٥، التنبيه ص١٨٧.

(٦) سورة المجادلة: آية ٣.

ولأن الظهار يمين تكفّر كالإيلاء ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمظاهر[١] : "كفّر عن يمينك"[٢] ، فدلّ أنها يمين كالإيلاء بخلاف الطلاق .

وقد روى ابن وهب : أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وغيره قال في رجل تظاهر من أربع نسوة له في كلمة واحدة : أنه ليس عليه إلا كفارة واحدة[٣] ، ولم يخالف عليه أحد ، فهذا كالإجماع .

ومن العتبية قال : روى[٤] عيسى عن ابن القاسم فيمن تظاهر من جماعة فظن أنه لا يجزئه إلا عن كل واحدة كفارة واحدة فكفّر بالصوم عن واحدة منهن ، قال : قال مالك : يجزئه ذلك عن جميعهن[٥] .

---

(١) وهو هنا سلمة بن صخر بن سليمان بن الصمة الخزرجي ، كان يقال له : البياضي ، لأنه كان حالفهم ، وهو الذي ظاهر من امرأته ، قال البغوي : لا أعلم له حديثاً مسنداً إلا حديث الظهار .

انظر : الإصابة ٢/٦٤ .

(٢) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب في الظهار ٢/٦٦٦ رقم (٢٢٢١) ، وابن ماجه ، كتاب الطلاق ، باب المظاهر يجامع قبل أن يكفر ١/٦٦٦ رقم (٢٠٦٥) كلاهما بلفظ : "فاعتزلها حتى تكفر عنك" .

والترمذي ، كتاب الطلاق ، باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر ٣/٥٠٣ رقم (١١٩٩) بلفظ : "لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله به" وقال : حديث حسن غريب صحيح ، والحاكم ، كتاب الطلاق ٢/٢٢٢ رقم (٢٨١٨) بلفظ : "أمسك حتى تكفر" .

قال الحافظ ابن حجر : رجاله ثقات ، لكن أعلّه أبو حاتم والنسائي بالإرسال ، وقال ابن حزم : رواته ثقات ولا يضره إرسال من أرسله . التلخيص الحبير ٣/٢٢١ .

(٣) سبق تخريجه ص٧٦٢ .

(٤) "روى" ليست في أ ، ب .

(٥) قال ابن رشد : لأنه إنما هو بمنزلة من قال : والله لا أقرب واحدة منكن ، فليس عليه إلا كفارة واحدة قربهن جميعاً أو قرب واحدة منهن . انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/١٨٢ .



فهي علي كظهر أمي ، أن عليه لكل امرأة يتزوجها كفارة ، وصوّبه بعض أصحابنا وقال : ألا ترى أنه إذا تزوج واحدةً وكفّر عن ظهاره ، ثم تزوج أخرى فقد حصل مكفّراً عن ظهاره في هذه الثانية قبل لزوم الظهار فيها[1] .

قال الشيخ : وهذا يلزمه فيمن قال لأربع نسوة : إن تزوجتكن فأنتن علي كظهر أمي ، لأنه إذا تزوج واحدةً وكفّر عنها ، ثم تزوج ثانيةً فقد حصل مكفّراً عن هذه الثانية[2] قبل لزوم الظهار[3] فيها ، وليس الأمر كما توهّم ، لأن الظهار يمينٌ كاليمين بالله عز وجل ، فإذا جمع في يمينه جماعةً فحنث في واحدةٍ فقد حنث في جميعهن ، فكفارةٌ عن واحدةٍ كفارةٌ عن جميعهن ، وقوله : إن تزوجتكن ، وكل امرأةٍ أتزوجها ، سواء ، لأنه جمع النساء في يمينه ، فبان أن[4] قول مالك أولى[5] .

قال مالك : وأما إن[6] قال : فهي طالقٌ[7] ، لم يلزمه شيء[8] .

قال ابن القاسم : والفرق بين الظهار في هذا وبين الطلاق : أن الظهار يمينٌ تُكفَّر ولا تُحرِّم النكاح عليه ، والطلاق يُحرِّم ، فليس له أن يُحرِّم على نفسه جميع النساء[9] .

قال ابن المواز[10] : ولو تزوج امرأةً ثم ماتت أو طلقها قبل أن يكفّر فتزوج أخرى فلا يقربها حتى يكفّر كفارةً واحدةً عن كل من يتزوج أبداً[11] .

---

(1) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٢٨/ب .

(2) "الثانية" ليست في ز .

(3) في ز "الحنث" .

(4) في أ ، ب "فبان" .

(5) وهو أنه تجزئه كفارة واحدة .

(6) "إن" ليست في أ .

(7) أي : كل امرأة أتزوجها فهي طالق .

(8) انظر : المدونة ٣/٥٧ .
وقال عبد الحق : لا شيء عليه فيه لإدخاله نفسه في الحرج . تهذيب الطالب ل ٢٢٨/ب .

(9) انظر : المدونة ٣/٥٧ .

(10) في أ "ابن اللباد" ، وهو خطأ .

(11) النوادر والزيادات ١١٦٣/ب .

قال الشيخ :: وهذا على ما قلنا فيمن قال للأربع نسوة :: إن تزوجتكن ، وقد تقدمت ..

قال ابن المواز :: ولو كفَّر بعد زوال الأولى وقبل نكاح الثالثة لم يجزه إلا أن يكون قد مسَّ الأولى[1] قبل أن تزول عنه ، فقد لزمته الكفارة بكل حال وزال الظهار[2] ..

قال الشيخ :: يريد :: ولكن لا يطأ الثالثة حتى يكفِّر الكفارة التي لزمته إن لم يكن كفَّر ..

---

(١) "الأولى" ليست في ز ..

(٢) المصدر نفسه ل١١٦/٢١أ/ب ..



[فصل ٤ ـ في وقوع الظهار مع إيلاء]

ومن المدونة : ومن قال للأجنبية : إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي ، والله لا أقربك ، أو قال لها : والله لا أقربك إن تزوجتك وأنت علي كظهر أمي ، فتزوجها لزمه الإيلاء والظهار ، مثل من قال لزوجته : والله لا أقربك وأنت علي كظهر أمي ، أنه مول منها مظاهر[1] .

فصل [٥ ـ في ظهار الرجل من امرأته وهي أمة]

ومن تظاهر من امرأته وهي أمة ثم اشتراها فهو مظاهر منها[2] .

قال الشيخ : يريد فإن كان بيمين لم يحنث فيها ، وهو كمن طلق زوجته واحدة وقد كان ظاهر منها بيمين أنه يعود عليه إن تزوجها .

قال الشيخ : وقاله جماعة من أصحابنا ، وقال بعض أصحابنا : معنى المسألة أنه ظاهر منها ظهاراً مجرداً بغير يمين ، فلذلك عاد عليه الظهار كما يعود ذلك عليها إذا طلقها ثلاثاً ، وأما إن كان بيمين لم يحنث فيها فإنه إذا اشتراها لا يعود عليه اليمين ، لأن هذا ملك بيمين لا ملك عصمة ، فهو غير الملك الأول كملك العصمة بعد الطلاق ثلاثاً .

قال : ولكن لو باعها ثم تزوجها فإنه يعود عليه اليمين ، لأنه بقي له طلقتان فاليمين تعود عليه مابقي من طلاق ذلك الملك شيء[3] .

قال الشيخ : والأول أصوب ، لأنه ظاهر من زوجته بيمين لم يحنث فيها ، فلا يلزمه إلا الطلاق ثلاثاً ، أصله لو كانت حرة .

---

(١) انظر : المدونة ٣/٦٠ ، تهذيب المدونة ص١٢١ .

(٢) انظر : المدونة ٣/٥٨ ، تهذيب المدونة ص١٢١ .

(٣) انظر : النكت والفروق ل٨٢/أ .

[فصل ٦ ــ في ظهار الرجل من امرأته وهي صبية أو محرمة أو حائض أو رتقاء أو كتابية]

ومن المدونة: قال: وإن تظاهر من امرأته وهي حرةٌ، // أو أمةٌ، أو صبيةٌ، [ق١١٦/ب] أو مُحْرِمَة، أو حائض، أو رَتْقَاء، أو كتابية لزمه ذلك وكفارته منهن سواء، ويلزم المسلم الظهار والطلاق في زوجته الكتابية كما يلزمه ذلك في الحرة المسلمة.

وإن تظاهر الرجل من امرأته قبل البناء أو بعده وهو رجلٌ بالغٌ فذلك سواءٌ ويلزمه، ألا ترى أنه لو ظاهر من أمةٍ له لم يطأها قط لزمه الظهار في قول مالك، فالزوجة أحرى وأشد في الظهار[1].

[فصل ٧ ــ في ظهار العبد من امرأته]

وإن تظاهر العبد من امرأته وهي حرةٌ أو أمةٌ لزمه، وكفارته منهما سواء.

ابن شهاب: ويلزمه الظهار كالحر.

قال ابن سيرين: وليس عليه أن يكفّر إلا بالصيام[2].

ابن حبيب: قال ابن القاسم عن مالك: ولايدخل على العبد في تظاهره الإيلاء إلا أن يكون مضاراً لايريد أن يفيء، أو يمنعه أهله الصيام بأمرٍ لهم فيه عذر، فهذا يضرب له أجل الإيلاء إن رفعته.

قال أصبغ: إذا منعه أهله الصيام فليس بمضار، ولا كلام لامرأته ولتصبر.

وقال ابن القاسم: إن منعه سيده الصيام وأذن له في الإطعام أجزأه.

وقال ابن الماجشون: ليس لسيده منعه الصيام وإن أضرَّ به ذلك في عمله[3].

قال الشيخ: لأن إذنه له في النكاح إذنٌ له في الظهار.

وفي الباب الأول مسألة المجوسي يسلم ثم يظاهر من زوجته فتسلم هي بقرب ذلك أنه يلزمه[4].

---

(١)،(٢) انظر: المدونة ٣/٥٨،٥٩، تهذيب المدونة ص١٢١.

(٣) النوادر والزيادات ل٣٦٣/أ.

(٤) انظر ص٧٥٣.

قال الشيخ : وحكي لنا عن بعض شيوخنا القرويين في المظاهر المضار إذا ضرب له الأجل لامتناعه من الكفارة وهو قادرٌ عليها : إنما يضرب له الأجل من وقت تبين ضرره ، ورأى أن هذا[1] الذي يقتضيه مذهب الكتاب[2] .

ونقل عن غير واحد من المختصرين[3] المسألة على غير هذا ، إنما يضرب له الأجل من يوم التظاهر ، ومثل هذا الذي نقلوه في كتاب محمد فاعلمه[4] .

ومن المدونة : قلت : ولم أدخل عليه مالك الإيلاء إذا علم أنه مضارٌّ وهو[5] لم يحلف على ترك الوطء؟

قال : لأن مالكاً قال : كل يمين منعت الجماع فهي إيلاء ، وهو إذا كفَّ عن الوطء وهو يقدر على الكفارة عُلِمَ أنه مُضَار ، فيدخل عليه الإيلاء ، وليس الظهار بحقيقة الإيلاء ، ولكنه مثل من حلف بالطلاق ليفعلن كذا ، وهو قادرٌ على فعله ، فيُمنع من الوطء ، لأنه في يمينه على حنثٍ فيدخل عليه الإيلاء ، وقاله ربيعة وابن شهاب .

قال ابن القاسم : وإن قال : أنا أكفِّر ، ولم يقل : أنا أطأ ، فذلك له ، لأن فيئته الكفارة ليس الوطء ، فإذا كفَّر كان له أن يطأ بلا كفارة ، وإن كان لايعلم منه ضررٌ وكان يعمل في الكفارة فلايدخل عليه الإيلاء . وإذا كان من أهل الصوم فمضت أربعة أشهرٍ ولم يَصُم فلها إيقافه .

وروى غيره : أن وقفه لايكون إلا بعد ضرب السلطان له الأجل ، وكلٌّ لمالك ، والوقف بعد ضرب السلطان[6] الأجل أحسن ، فإذا أوقفه فقال : أنا أصوم شهرين عن ظهاري ، أو كان ممن يقدر على عتقٍ أو إطعامٍ فقال : أخِّروني حتى أعتق أو أطعم ، أخَّره الإمام مرةً أو[7] مرتين أو ثلاثاً ، فإن لم يأخذ في ذلك بعد التلوُّم فرق بينهما ، لأنه مضارٌّ كالمولي إذا وُقِف فقال : أنا أفيء ، فاختبره الإمام مرةً

---

(١) "هذا" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٨/ب ، ٢٩/أ .

(٣) في أ ، ب زيادة "من" .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل٢٨/ب ، ٢٩/أ .

(٥) "هو" ليست في ز .

(٦) "السلطان" ليست في أ ، ب .

(٧) "مرة أو" ليست في ز .

بعد مرة[1] فلم يفء[2] وعرف كذبه ولم يكن له عذرٌ طلق عليه ، وهذا المعنى مستوعَبٌ في كتاب الإيلاء[3] .

ومن قال لامرأته : إن وطئتك فأنت علي كظهر أمي ، فهو مولٍ حين تكلّم بذلك ، فإن وطئ سقط عنه الإيلاء ولزمه الظهار بالوطء ، ولايقربها بعد ذلك حتى يكفِّر كفارة الظهار ، فإن لم يكفّر كان سبيله كما وصفنا في المظاهر المضار[4].

قال ابن المواز : وليس لهذا المولي أن يحنث بالإصابة ، لأن بقية وطئه يقع في امرأةٍ ظاهر منها ، وهو ممن لاتنفعه الكفارة قبل وطئه ، لأنه لم يصر فيها مظاهراً حتى يطأ ، وقد قيل : تعجَّل عليه طلقة الإيلاء ، إذ لابد منها .

وقد قيل : حتى يتم أربعة أشهرٍ كالحالف ألا يطأ ألبتة[5] .

قال الشيخ : فعلى مذهب ابن المواز إذا وطئ في هذه المسألة[6] فالكفارة تلزمه وإن ماتت المرأة أو طلقها[7] .

وقال ابن القاسم في العتبية : إذا وطئها مرةً ثم ماتت أو طلقها ألبتة فليس عليه كفارةٌ إلا أن يطأها ثانيةً ، فهذا قد لزمته الكفارة ، بانت منه أو ماتت[8] .

---

(١) "بعد مرة" ليست في ز .

(٢) في أ ، ب "فلم يقف" .

(٣) وسيأتي ، وهو الكتاب الحادي عشر .

(٤) انظر : المدونة ٣/٦١،٦٢ ، تهذيب المدونة ص١٢١ .

(٥) وهو ممن لارجعة له إذا طلق عليه ، وهما يتوارثان في العدة . النوادر والزيادات ل٣٦٧/أ .

(٦) أي إن قال : إن وطئتك فأنت علي كظهر أمي .

(٧) لأنه بأول الملاقاة حنث وزال الإيلاء ، وباقي وطئه يلزمه به الكفارة عن ظهاره . انظر : النكت والفروق ل٨٢/ب .

(٨) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/١٨٨ ، النوادر والزيادات ل٣٦٢/ب .



قال ابن القاسم : وكذلك في كفارة القتل[١] .

قال : ومن صام ثلاثة أيام في الحج ثم وجد ثمن الهدي في اليوم الثالث فليمض على صومه[٢] ، وإن وجد ثمنه في أول يوم فإن شاء أهدى أو تمادى في صومه[٣] .

ابن المواز : وكذلك في كفارة اليمين بالله عز وجل[٤] .

وقال ابن عبد الحكم : صيام اليمين بالله[٥] والظهار والقتل والتمتع كله سواءً إن لم يصم إلا يومين ثم أيسر فليرجع إلى مايجب عليه[٦] .

فصل [٢ ــ في كفارة العبد في الظهار وغيره]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا تظاهر العبد فليس عليه إلا الصوم ولايطعم وإن أذن له سيده ، والصوم أحب إلي .

قال ابن القاسم : بل هو الواجب عليه ، ولايُطعم من قدر أن يصوم[٧] .

---

(١) وهي المنصوص عليها بقوله تعالى : ﴿وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ . سورة النساء : آية ٩٢ .

(٢) وقد ورد ذكر هذا الصيام في القرآن ، وهو عشرة أيام على من تمتع بالحج و لم يجد الهدي ، قال الله تعالى : ﴿فَإِذَا أَمِنتُمْ فَمَن تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ . سورة البقرة : آية ١٩٦ .

(٣) انظر : المدونة ٨٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢١ .

(٤) وهي المنصوص عليها بقوله تعالى : ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَٰلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ . سورة المائدة : آية ٨٩ .

(٥) "بالله" ليست في ز .

(٦) أي من إطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة في كفارة اليمين ، والعتق في كفارتي الظهار والقتل ، وثمن الهدي في صوم التمتع .

(٧) انظر : المدونة ٦٤/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢١ .

الأبهري : معنى قول مالك : إن العبد عجز عن الصيام فأذن له سيده في الإطعام ، فقال : أحبُّ إلي أن يؤخِّر ذلك حتى يقدر على الصيام[١] .

ابن المواز : والعبد إنما عليه أن يكفِّر بالصوم ، فإن منعه سيده وكان يَضرُّ ذلك به بقي على ظهاره حتى يجد سبيلاً إلى الصيام ، فإن تركه كان حينئذٍ مُضارّاً يدخل عليه الإيلاء .

قال : فإن لم يضر الصوم بالسيد وأراد منعه ليفرِّق بينه وبين امرأته جُبر على أن لايمنعه من الصيام .

ومن كتاب ابن سحنون : قال مالك : وإذا كان عبدٌ مُخَارَجٌ يؤدي خراجه فلايمنعه ، وإذا قوي فلايمنعه[٢] .

وفي الموطأ قال مالك : لايدخل على العبد الإيلاء في ظهاره ، لأنه لو دخل عليه الإيلاء في تظاهره لَطُلِّق عليه قبل أن يفرغ من صيامه[٣][٤] .

ومن المدونة : قال مالك : وأما العتق فلايجزئه في شيء من الكفارات وإن أذن له السيد ، إذ الولاء لسيده .

قال مالك : وإن أذن له أن يطعم في اليمين بالله تعالى أجزأه .

وفي قلبي منه شئ ، والصيام أبين عندي .

قال ابن القاسم : وإن أطعم بإذن سيده أجزأه ، لأن سيده لو كفَّر عنه بالطعام[٥] ، أو رجلٌ كفَّر عن صاحبٍ له بالطعام بإذنه أجزأه[٦] .

---

(١) أي فيصوم لأنه هو الواجب عليه . انظر : النكت والفروق ل٨٣/أ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٢/ب ، ٣٦٣/أ .

(٣) لأن صيامه شهران وأجله شهران . انظر : المنتقى ٥٣/٤ .

(٤) انظر : الموطأ ٤٤١/٢ .

(٥) في أ ، ب "بالصيام" ، وهو تحريف .

(٦) انظر : المدونة ٦٤/٣، ٦٥ ، تهذيب المدونة ص١٢١ .

[الباب السادس]
فيمن ظاهر من امرأته ثم ماتت أو طلقها أو كفر عنها وليست له بزوجة /

[١٦٧/أ]

قال الله تعالى : ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[١] أي : مؤمنة ، فإنما أوجب الكفارة بعد نية العودة ، ومعنى العودة فيما قاله كثيرٌ من التابعين : إرادة الوطء وليس الوطء ، لأن الله تعالى منع منه قبل الكفارة بقوله : ﴿مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾[٢] ، فإذا نوى عودة الجماع كفر ، ولو كفَّر قبل مراده لذلك لم يجزه وإن أراده بعد الكفارة[٣] .

قال الشيخ : وقيل : إن العودة الوطء ، لأن الظهار إنما اقتضى تحريم الوطء والعودة هو الإقدام عليه دون العزم ، لأن الإقدام هو مخالفة الكف والامتناع ، وكذلك وجَّهه بعض البغداديين[٤] .

قال ابن سحنون عن أبيه : والمتظاهر إذا كفَّر بغير نية العودة ، لكن يريد أن يطلقها ويقول : متى راجعتها حلَّت لي بغير ظهار علي ، قال : لايجزئه حتى ينوي العودة ، وأكثر قول أصحابنا : أن من كفَّر بغير نية العودة لايجزئه[٥] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن ظاهر من زوجته ثم طلقها واحدةً أو ثلاثاً فبانت منه ثم أعتق عن ظهاره منها ، أو صام ، أو أطعم ، ثم تزوجها بعد ذلك لم تجزه تلك الكفارة ، لأنه أخرجها قبل وجوبها ومتى تزوجها رجع عليه[٦] الظهار .

---

(١)،(٢) سورة المجادلة : آية ٣ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٧/أ .

(٤) انظر : المعونة ٨٩١/٢ .

(٥) النوادر والزيادات ل٣٦٢/ب .

(٦) "عليه" ليست في ز .

ومن قال لأجنبية : إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي ، وكفَّر عن ظهاره هذا ، ثم تزوجها لم تجزه تلك الكفارة ، لأنه كفَّر قبل نية العودة ، ولاينوي ذلك فيمن ليست في عصمته ولايكفِّر قبل حنثه ، وقد قال الله تعالى : ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُواْ﴾[١] .

قال ابن القاسم : والعودة إرادة الوطء ، والإجماع عليه ، فمن كفَّر قبل إرادتها كان كمن كفَّر عن غير شيء وجب عليه[٢] .

قال مالك : وإن وطئ المتظاهرمنها قبل أن يكفِّر ناسياً أو عامداً في ليل أو نهار لزمته الكفارة لِجِمَاعِه ذلك ماتت بعد[٣] ذلك زوجته هذه أو مات عنها أو طلقها[٤] .

قال : وإن طلقها واحدةً أو ثلاثاً قبل أن يطأها فلاكفارة عليه إلا أن يتزوجها يوماً ما ، فيعود عليه الظهار ولايطأ حتى يكفِّر ، ولو طلقها قبل أن يمسها وقد عمل في الكفارة لم يلزمه تمامها .

ـ **قال الشيخ** : يريد : وإن كان الطلاق رجعياً ـ .

قال ابن نافع : وإن أتمها أجزأه إذا أراد العودة قبل الطلاق[٥] .

قال الشيخ : يريد وإن كان الطلاق ثلاثاً .

أبو محمد : وروى أشهب عن مالك ، وقاله عبد العزيز بن أبي سلمة : إذا نوى العودة ثم طلق ، أو ماتت فقد لزمته الكفارة[٦] .

وروى ابن القاسم خلافه : أنه إن أجمع على إمساكها يريد الوطء ثم أخذ في الكفارة ثم طلقها أو ماتت قبل تمامها أنه لاشيء عليه إلا أن يتزوج الحية فعليه الصيام من أوله ، ورواه أيضاً أشهب .

---

(١) سورة المجادلة : آية ٣ .

(٢) أي فلايجزئه .

(٣) في أ ، ب "قبل" .

(٤) انظر : المدونة ٣/٦٥،٦٦ ؛ تهذيب المدونة ص١٢١،١٢٢ .

(٥) انظر : المدونة ٣/٧٨ ، تهذيب المدونة ص١٢٢ .

(٦) وقاله أصبغ .

ولو كان طعامُ فقال أصبغ : يبني ، وقال أشهب : يبتدئ .

وذكر ابن المواز عن مالك[١] في المظاهر إذا طلق بعدما أخذ في الكفارة فتمادى في الكفارة حتى أتمها في العدة أجزأه ذلك إن كان طلاقه رجعياً ، ارتجع بعد ذلك أو لم يرتجع ، كانت الكفارة صياماً أو طعاماً ، وإن كان الطلاق بائناً لم يجزه تمام الكفارة في العدة[٢] ، ثم إن تزوجها يوماً ما ، أو كانت الكفارة صوماً ابتدأها ، وإن كانت طعاماً بنى على ماكان أطعم قبل أن تبين منه لجواز تفرقة الطعام . / [١٦٧/ب]

قال ابن المواز : وهذا قول مالك وابن القاسم وابن وهب ، وأصح ماانتهى إلينا[٣] .

---

(١) "عن مالك" ليست في ز .

(٢) لأنها بانت منه .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٢/أ .

[الباب السابع]
في الصيام في كفارة الظهار
ومن أكل في صومه ، أو وطئ ، أو مرض

قال الله تعالى : ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾[١] ، قال ابن القاسم : فمن أكل ناسياً ، أو لمرضٍ في صوم ظهارٍ ، أو قتل نفسٍ ، أو نذرٍ متتابعٍ ، أو أُكرِهَ على الفطر ، أو تقيّأ ، أو ظنّ أن الشمس قد غابت فأكل ، أو أكل بعد الفجر ولم يعلم ؛ أو وطئ نهاراً غير التي تظاهر منها ناسياً ، فليقض في ذلك كله يوماً ويصله بصومه ، فإن لم يفعل ابتدأ الصوم من أوّله .

قال : وله[٢] أن يطأ غير التي تظاهر منها في خلال الكفارة ليلاً في الصوم ، أو نهاراً في الإطعام ؛ كانت الموطوءة زوجته أو أمته ، وإن وطئ التي تظاهر منها ليلاً ، أو نهاراً ، أول الصوم أو آخره ، ناسياً أو عامداً ابتدأ الشهرين .

وكذلك حكم الإطعام إذا أطعم بعض المساكين ، وإن لم يبق إلا مسكينٌ واحدٌ ثم جامع استأنف الطعام ، لقوله تعالى : ﴿مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾[٣] .

وكذلك من وطئ في الحج ناسياً أو عامداً فعليه أن يتمّ حجّه ويقضيه من قابل[٤] .

قال ابن القاسم : ومن صام عن ظهاره شهراً ثم مرض ، وهو لايجد رقبةً لم يكن له أن يطعم ، وإن تمادى به المرض أربعة أشهرٍ لم يدخل عليه الإيلاء ، لأنه غير مضار ، وتُنتَظر إفاقته ، فإن صح صام ، إلا أن يعلم أن ذلك المرض لايقوى صاحبه على الصوم بعده ، فيصير حينئذٍ من أهل الإطعام[٥] .

---

(١) سورة المجادلة : آية ٣ .

(٢) "وله" ليست في أ .

(٣) أي في التكفير بالعتق والصيام ، ولم يذكره تعالى في الإطعام ، وقد سئل ابن القاسم عن ذلك فقال : إنما محمل الطعام عند مالك محمل العتق والصيام لأنها كفارة الظهار كلها ، فكل كفارة الظهار تُحمل محملاً واحداً تُجعل كلها قبل الجماع . المدونة ٦٧/٣ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٦٦/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٢ .

(٥) انظر : المدونة ٦٧/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٢ .

وقال أشهب : إذا مرض صار من أهل الإطعام[١] .

قال[٢] في بابٍ بعد هذا[٣] : ومن تظاهر وهو مريضٌ مثل الأمراض التي يصح من مثلها الناس فلينظر حتى يصح ثم يصوم إذا كان لايجد رقبة ، وكل مرضٍ يطول بصاحبه ولايدري أيبرأ منه أم لا لطول[٤] ذلك المرض به ،ولعله يحتاج إلى أهله ، فليطعم ويصيب أهله ، ثم إن صح أجزأه ذلك الإطعام ، لأن مرضه كان إياساً[٥] .

وقال أشهب : إذا طال مرضه فإن رُجِيَ برؤه وقد احتاج إلى أهله فليُطعم[٦] .

قال مالك : ومن تظاهر من امرأته وليس له إلا خادمٌ واحدة ، أو دارٌ لافضل فيها ، أو عرضٌ قيمته[٧] ثمن رقبة ، لم يجزه إلا العتق ، ولايجزئه الصوم ، لأنه يقدر على العتق ، وقد قال الله تعالى : ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ﴾[٨] ، وهذا واجد .

قال : ومن تظاهر من أمته ولم[٩] يكن له غيرها لم يجزه الصوم ، وأجزأه عتقها عن ظهاره ، وله أن يتزوجها بعد ذلك إن رضيت به .

قال : ومن صام شهراً وأطعم ثلاثين مسكيناً عن ظهاره لم يجزه ، وكذلك لو أعتق نصف رقبةٍ وأطعم ثلاثين مسكيناً أو صام شهراً لم يجزه[١٠] .

---

(١) انظر : المدونة ٦٧/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٢ .
(٢) أي ابن القاسم .
(٣) أي من المدونة وهو باب في مرض المتظاهر من امرأته وهو صائم .
(٤) في أ ، ب "يطول" ، وهو تحريف .
(٥)،(٦) انظر : المدونة ٨٠/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٣ .
(٧) "قيمته" ليست في ز ، وفي أ ، ب "به" .
(٨) سورة المجادلة : آية ٤ .
(٩) "ولم" ليست في أ .
(١٠) انظر : المدونة ٦٨،٦٧/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٢ .

[الباب الثامن]
في الإطعام في كفارة الظهار

قال الله تعالى : ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[١] ، فلم يستثن الوسط من الشبع كما ذكر في كفارة اليمين بالله عز وجل[٢] ، فينبغي أن يكون الشبع مُدَّين إلا ثلثاً بمد النبي صلى الله عليه وسلم عدل من الشبع ، وهو عِيَارُ مُدِّ هِشَام ، فمن أخرج به أجزأه ، وقاله مالك[٣] .

وروى ابن وهب ومطرف عن مالك : مُدَّين لكل مسكين بمدّ النبي صلى الله عليه وسلم في الظهار[٤] .

وروى البغداديون : أن مُدّ هشام مُدَّان بمُدِّ النبي صلى الله عليه / وسلم ، [١٦٨/أ] وقالوا : لما أبهم الله عز وجل كفارة الظهار وفدية الأذى[٥] فلم يذكر فيها وَسَطاً ، ونص الرسول عليه الصلاة والسلام على مُدَّين في فدية[٦] الأذى[٧] ، كان الظهار مثله[٨] ، والله أعلم .

---

(١) سورة المجادلة : آية ٤ .

(٢) يشير إلى قوله تعالى فيها : ﴿فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ . سورة المائدة : آية ٨٩ .

(٣) انظر : المدونة ٦٨/٣ .

(٤) وزاد مطرف : ويكره أن يقال مد هشام . انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٥/أ .

(٥) أي للمحرم بنسك المنصوص عليها بقوله تعالى : ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ بِهِ أَذًى مِّن رَّأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ . سورة البقرة : آية ١٩٦ .

(٦) "فدية" ليست في أ ، ب .

(٧) أي لكل مسكين والمدان نصف الصاع ، أخرجه البخاري ، كتاب المحصر ، باب الإطعام في الفدية نصف صاع ٢٠٨/٢ بلفظ : "لكل مسكين نصف صاع" ، ومسلم ، كتاب الحج ، باب جواز من حلق الرأس للمحرم إذا كان به أذى ٨٦٢/٢ رقم (١٢٠١) بلفظ : "أو أطعم ثلاثة آصع من تمر على ستة مساكين" .

(٨) انظر : المعونة ٨٩٥/٢ .

وروى ابن حبيب : أن مُدَّ هشام الذي جعله لفرض الزوجات مُدٌّ وثلث . وروى ابن القاسم : أنه مُدَّان إلا ثلث ، وروى البغداديون : أنه مُدَّان بمُدٌّ النبي صلى الله عليه وسلم[1] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فإن كان عيش بلدهم تمرًا أو شعيراً أطعم منه في الظهار عَدْلُ شِبَع مُدِّ هشام من الحنطَة .

قال مالك : ويطعم من التمر أو الشعير في كفارة الأيمان إذا كان عيشهم عشرة مساكين وَسَطاً من شِبَع الشعير والتمر ، لأن إطعام الأيمان فيه شرط[2] ، ولاشرط في إطعام الظهار ، فلايكون إطعامه إلا شبعاً ، ولاأحب أن يُغَدِّي ويُعَشِّي في الظهار ، لأن الغداء والعشاء لاأظنه يبلغ مُدّاً بالهاشمي ، ولاينبغي ذلك في فدية الأذى أيضاً ، ويجزي ذلك فيما سواهما من الكفارات ، ويكون مع الخبز إدام ، فإن كان الخبز وحده وفيه عدل مايخرج من الحب أجزأه[3] .

ومن كتاب ابن المواز : ومن غدَّى أو عشَّى خبز البُرِّ والإدام في الظهار لم ينبغ ذلك له[4] ولاإعادة عليه ، وإن أطعم عن ظهاره شعيراً وهو يأكل القمح ، أو ذُرَةً وهو يأكل الشعير لم يجزه .

قال : وإن أطعم شعيراً وهو يأكل الذرة أجزأه إذا زاد[5] مبلغ شبع القمح ، وقاله أشهب[6] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٥/أ ، تهذيب الطالب ل ٢٩/أ .
قال القاضي عبد الوهاب عن مد هشام : وقد اختلف في مقداره فقيل : مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم ، وقيل : أقل من مدين . المعونة ٨٩٥/٢ .

(٢) وهو أن يكون من الوسط كما في الآية .

(٣) انظر : المدونة ٦٨/٣،٦٩ ، تهذيب المدونة ص١٢٢ .

(٤) "له" ليست في ز .

(٥) في ز "أراد" ، وهو تحريف .

(٦) النوادر والزيادات ل٣٦٥/أ .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ويُخرج في كفارة الأيمان وسائر الكفارات ، والطعام في الجزاء[1]، وفي الإفطار في رمضان وفي كل شيءٍ مُدّاً لكل مسكينٍ بمُدِّ النبي عليه الصلاة والسلام خلا فدية الأذى وكفارة الظهار ، فإنه يُخرج في فدية الأذى مُدّين لكل مسكينٍ بمُدِّ النبي صلى الله عليه وسلم ، ويُخرج في كفارة الظهار مُدّاً بمُدِّ هشام لكل مسكينٍ كما وصفنا .

قال سحنون : فأما كفارة قتل النفس فلاإطعام فيها[2] .

قال ابن القاسم ومن أعطى في سائر الكفارات من الذي هو عيشهم أجزأه ، ولايجزئ في ذلك دقيق أو سويق[3] أو عروض أو دراهم فيها وفاء بقيمة الطعام[4] .

وقال ابن حبيب : إذا أخرج الدقيق بريْعِه[5] أجزأه[6] .

قال الشيخ : ولايخالفه ابن القاسم في ذلك ، لأنه أعطى مايلزمه ، وتطوّع لهم بطحنِه ، كما أجزأه إذا أعطاهم خُبزاً ، فكذلك يجزيه دقيقاً .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن أعطى في الظهار ستين مُدّاً بالهاشمي لعشرين ومئة مسكين ، نصفَ مُدٍّ نصف مُدٍّ لم يجزه ، إلا أن يزيد ستين منهم لامن غيرهم ، نصف مُدٍّ لكل واحدٍ فيجزيه[7] ، وإن أعطى ذلك لثلاثين مسكيناً لكل

---

(١) أي جزاء الصيد إن قتله المحرم ، لقوله تعالى : ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَاتَقْتُلُوا الصَّيْدَ وَأَنتُمْ حُرُمٌ وَمَن قَتَلَهُ مِنكُم مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاءٌ مِّثْلُ مَاقَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ أَوْ عَدْلُ ذَٰلِكَ صِيَامًا لِّيَذُوقَ وَبَالَ أَمْرِهِ﴾ الآية . سورة المائدة : آية ٩٥ .

(٢) لأن الله لم يذكر فيها إلا العتق والصيام ، فقال تعالى : ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ . سورة النساء : آية ٩٢ .

(٣) السويق : هو مايُتخذ من الحنطة والشعير . انظر : اللسان ، مادة (سَوَق) .

(٤) انظر : المدونة ٦٩،٦٨/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٢ .

(٥) "بريعه" مكانها بياض في أ .
والمراد بالرَّيع هنا أي زيادة الدقيق عند الطحن وفضله على كيل الحنطة .
انظر : اللسان ، مادة (رَيَعَ) .

(٦) وقال ذلك عبد الحق أيضا . انظر : النكت والفروق ل٨٣/أ .

(٧) وذلك ليستكمل ستين مسكيناً لكل مسكين مد بالهاشمي .

مسكينٍ مُدَّين لم يجزه حتى يعطي لكل مسكينٍ مُدّاً مُدّاً[(١)] .

ـ **قال الشيخ** : يريد ويجزيه أن يعطي ثلاثين من غيرهم مُدّاً مُدّاً ـ .

قال ابن القاسم : ولايجزئ في فدية الأذى أن يعطي إثني عشر مسكيناً مُدّاً مُدّاً ، ولكن يطعم ستة مساكين مُدَّين مُدَّين[(٢)] بمدّ النبي صلى الله عليه وسلم ، وكذلك في كفارة الإفطار في رمضان لايجزيه أن يعطي ثلاثين مسكيناً مُدَّين مُدَّين ولاعشرين ومئة ، نصف مُدٍ نصف مُدٍ ، ولكن يعطي ستين مسكيناً لكل مسكينٍ مدّاً مدّاً بمد النبي صلى الله عليه وسلم .

قال : وإن أطعم في كفارة الظهار حِنطةً ثم ضاق السعر حتى صار عيشهم التمر أو الشعير ، أو خرج إلى بلدٍ عيشهم ذلك أجزأه أن يطعم من ذلك ثلاثين مسكينا ، وكذلك هذا في جميع الكفارات ./ [١٦٨/ب]

ـ **قال الشيخ** : يريد : إذا لم يتعمد الخروج إلى ذلك البلد ليخفّف عن نفسه، وقاله سحنون[(٣)] ـ .

قال : وإن أطعم في كفارة الظهار ثلاثين مسكيناً ثم لم يجد في بلده غيرهم لم يجز أن يعطيهم في غدٍ بقية الكفارة ، وليبعث بها إلى بلدٍ آخر .

قال مالك : ومن عليه كفارتان عن يمينين فأعطى اليوم مساكين عن أحد يمينيه ، ثم لم يجد في غدٍ غيرهم فلايعجبني أن يعطيهم عن اليمين الأخرى .

قال ابن القاسم : كانت اليمين الأولى أو مخالفةً لها كيمينٍ بالله مع ظهارٍ ونحوه .

ـ قال ابن المواز عن ابن القاسم : فإن فعل أجزأه إن لم يجد غيرهم ـ .

---

(١) قال ابن القاسم : إنما ينظر في هذا إلى عدد المساكين ، إذا استكمل عدد المساكين ، فأكمل لهم مايجب لكل مسكين أجزأه ذلك ، وإن استكمل عدد المساكين ونقصهم مما يجب لهم في الكفارة لم يجز ذلك عنه . المدونة ٣/٧٠ .

(٢) أي لكل مسكين مُدَّين .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٩/أ .

قال يونس بن عُبيد[١] : إلا أن تحدث عليه اليمين الثانية بعد ذلك فليطعمهم في غدٍ إن شاء .

قال ابن القاسم : ولايطعم في شيءٍ من الكفارات مَنْ فيه عَلَقَةُ رقٍ ولاذمياً ولاغنيًا ، فإن فعل أعاد .

ـ **قال الشيخ** : لأن الله تعالى جعلها للمساكين فلاتكون في غيرهم ـ .

قال مالك : ولايجزئ أن يطعم في الكفارات كلها إلا حراً مسلماً مسكيناً[٢].

قال : ولايطعم في شيءٍ من الكفارات أحداً من قرابته وإن كانت نفقتهم لاتلزمه ، فإن أطعم من لاتلزمه نفقتهم أجزأه إن كانوا محاويج .

قال : ويطعم الرضيع من الكفارات إذا كان قد أكل الطعام .

قال ابن القاسم : ويُعطَى مايُعطَى الكبير ، فإن كان في يمينٍ بالله أعطي مُدّاً بِمُدِّ النبي صلى الله عليه وسلم[٣] .

---

(١) **هو** يونس بن عبيد بن دينار البصري ، مولى لعبد القيس ، من صغار التابعين ، إمام ، قدوة ، حجة ، ثقة ، كثير الحديث ، حدث عن الحسن البصري وابن سيرين وعطاء وعكرمة وغيرهم توفي سنة ١٣٩هـ .

انظر : الطبقات ١٩٢/٧ ، سير أعلام النبلاء ٤٦٠/٦ ، شذرات الذهب ٢٠٧/١ .

(٢) وقاله ربيعة ونافع مولى ابن عمر وغيرهما . انظر : المدونة ٧١/٣ .

(٣) وإن كان في كفارة الظهار أعطي بمد هشام ، وإن كان في فدية الأذى أعطي مدين بمد النبي صلى الله عليه وسلم .

انظر : المصدر نفسه ٧٠/٣-٧٢ ، تهذيب المدونة ص١٢٢ .

[الباب التاسع]
في العتق في كفارة الظهار

[فصل ١ ـ فيما يجزئ من الرقاب في الكفارات]

ولما ذكر الله عز وجل في عتق قتل النفس رقبةً مؤمنةً[١] كان كذلك في الظهار وغيره من الكفارات[٢] .

وفي حديث السوداء[٣] مادلَّ على ذلك ، إذ قال ربُّها للنبي صلى الله عليه وسلم : عليَّ رقبةٌ أفأعتقها؟[٤] ولم يذكر عمَّاذا لزمته ، فلم يأمره النبي صلى الله عليه وسلم بعتقها حتى سألها : "أين الله"؟ فقالت : في السماء ، فقال : "من أنا"؟ فقالت : رسول الله ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم حينئذ : "أعتقها"[٥] ، وفي غير حديث مالك : "إنها مؤمنة"[٦] .

---

(١) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَئًا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ . سورة النساء : آية ٩٢ .

(٢) ككفارة اليمين وكفارة الجماع في نهار رمضان حملاً للمطلق على المقيد .

(٣) وهي مولاة لمعاوية بن الحكم السلمي رضي الله عنه كما في صحيح مسلم ، وقد سمَّاه مالكُ عمر بن الحكم ، قال ابن حجر : وخالف فيه أكثر الناس . انظر : الإصابة ٤١١/٣ .

(٤) قال ذلك بعد أن قال : يارسول الله إن جاريةً لي كانت ترعى غنماً لي ، فجئتها وقد فقدت شاةً من الغنم ، فسألتها عنها ، فقالت : أكلها الذئب ، فأسِفت عليها ، وكنت من بني آدم فلطَمْتُ وجهها .

(٥) أخرجه مالك ، كتاب العتق والولاء ، باب مايجوز من العتق في الرقاب الواجبة ٥٩٥/٢ رقم (٨) .

(٦) أخرجه مسلم ، كتاب المساجد ومواضع الصلاة ، باب تحريم الكلام في الصلاة ونسخ ماكان من إباحته ٣٨١/١،٣٨٢ رقم (٥٣٧) .

ولاتجزئ ذات العيب البيّن في رقبةٍ ولاهديٍ أو نسكٍ ، ونهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذوات العَوار في النسك[١] .

وسئل عليه الصلاة والسلام : أيُّ الرقاب أفضل؟ فقال : "أغلاها ثمناً وأنفسُها عند أهلها"[٢] .

قال مالك : لايجزئ في الظهار وغيره من الكفارات إلا رقبةٌ مؤمنةٌ سليمةٌ من العيوب الفاحشة[٣] .

قال أصبغ : ومن أعتق منفوساً[٤] عن ظهاره ثم كَبُرَ فكان أخرس ، أو مُقعَداً أو أصمّاً[٥] أو مُطبِقاً جُنوناً فلاشيء عليه ، وقد أجزأه ، وهذا شيءٌ يحدث ، وكذلك في[٦] البيع لايُردُّ بذلك[٧] .

---

(١) فقد روى البراء بن عازب رضي الله عنه : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل : ماذا يُتّقى من الضحايا؟ فأشار بيده وقال : "أربعاً ، وكان البراء يشير بيده ويقول : يدي أقصر من يد رسول الله صلى الله عليه وسلم "العرجاء البيّن ظلعها ، والعوراء البيّن عورُها ، والمريضة البيّن مرضها ، والعَجفاء التي لاتُنقَى" .

أخرجه أبو داود ، كتاب الضحايا ، باب مايكره من الضحايا ٢٣٥/٣ رقم (٢٨٠٢) ، والترمذي ، كتاب الأضاحي ، باب مالايجوز في الأضاحي ٧٢/٤ رقم (١٤٩٧) وقال : حديث حسن صحيح ، والنسائي ، كتاب الضحايا ، باب مانهي عنه من الأضاحي ١٥٣/٧ رقم (٤٣٦٩) ، وابن ماجه ، كتاب الأضاحي ، باب مايكره أن يضحى به ١٠٥٠/٢ رقم (٣١٤٤) ، وأحمد ٣٤٨/٤ رقم (١٨٥٣٧) ، ومالك ، كتاب الضحايا ، باب ماينهى عنه من الضحايا ٣٨٤/٢ رقم (١) ، وابن حبان ، كتاب الأضحية ، باب ذكر الزجر عن أن يضحي المرء بأربعة أنواع من الضحايا ٥٦٥/٧ رقم (٥٨٨٩) وصححه ، والحاكم ، كتاب المناسك ٦٤٠/١ رقم (١٧١٨) وصححه ، ووافقه الذهبي .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب الرهن في الحضر ، باب أي الرقاب أفضل ١١٧/٣ .

(٣) انظر : المدونة ٧٥/٣ .

(٤) أي مولوداً .

(٥) "أو أصما" ليست في ز .

(٦) "في" ليست في ز .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٤/ب .

[فصل ٢ ــ فيمن أعتق بعض عبد عن ظهاره]

ومن المدونة : ومن أعتق عن ظهاره نصف عبدٍ لايملك غيره ثم أيسر بعد ذلك فابتاع باقيه فأعتقه عن ظهاره لم يجزه لتبعيض العتق ، وهو حين ملك بقيته لايعتق عليه وكان له ملكه .

وكذلك قال مالك فيمن أعتق شقصاً له من عبدٍ وهو معدم ، ثم أيسر فاشترى نصيب صاحبه ، أوورثه ، أو تُصُدِّق به عليه ، أووُهِب له ، أو أُوصِيَ له به فقَبِله ، أنه لايعتق عليه ، ولو أعتق نصفه عن ظهاره وهو موسرٌ فقُوِّم عليه بقيته ونوى به الظهار لم يجزه ، لأن الحكم يوجب عليه عتق بقيته[1] .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإن أعتق جميع عبدٍ بينه وبين شريكه وهو موسرٌ أجزأه عن ظهاره ، أو كفارة يمينه[2] ، وقد قال مالكٌ فيمن أعتق جميع عبدٍ بينه وبين شريكه : إن ذلك يلزمه ، وليس لشريكه أن يعتق نصيبه إذا كان الذي / [١٦٩/أ] أعتق جميعه ميتاً .

قال الشيخ : وهذا على الرواية المذكورة في كتاب الرجم ، وقد قال فيها أشهب وسحنون : إن لشريكه أن يعتق نصيبه ، وهذا هو الصواب ، فعلى هذا القول ينبغي ألا يجزي عتقه في الظهار ، لأن شريكه مُقدَّم عليه في الرد والإجازة ، وقاله سحنون وأصبغ[3] .

ومن العتبية : قال عيسى عن ابن القاسم فيمن أعتق نصف عبده عن ظهاره ثم أعتق باقيه عن ذلك الظهار : إنه يجزيه ، فإن لم يعتق باقيه ورفعه إلى السلطان : قال : يأمره بذلك ، فإن أعتقه عن ظهاره أجزأه ذلك وإلا أعتقه عليه[4] .

---

(١) انظر : المدونة ٧٣،٧٢/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٣،١٢٢ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٩/أ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٤/أ .

(٤) قال ابن رشد : قوله : وإلا أعتقه عليه السلطان ، يريد ولايجزيه إذا أعتقه عليه ، لكنه مُكرَهٌ على ذلك ، والمكرَه لانية له فلايجزيه ، إذ لاتجزيه الكفارة إلا بنية .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٨٩/٥ .

ابن حبيب : وقال ابن الماجشون وأصبغ : لايجزئه أن يعتق باقيه عن ذلك الظهار ، وليعتق عليه بالسنة[1] .

وعاب أصبغ قول ابن القاسم ، وكذلك قال سحنون في كتاب ابنه[2] .

قال الشيخ : وهو الجاري على أصله في المدونة : أن ذلك لايجزئه .

[فصل ٣ ــ في ذكر مالايجزئ إعتاقه في الكفارة]

ومن المدونة : ولايجزئه أن يعتق عن ظهاره أو غيره من الكفارات رقبةً يشتريها بشرط العتق ؛ وقاله ابن عمر[3] ومَعقِل بن يسّار صاحب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهما من أهل العلم[4] .

قال الشيخ : ولأنها ليست برقبةٍ تامةٍ لما وُضِع له من ثمنها بشرط العتق فيها.

قال مالك : ولايجزئه أن يعتق مدبَّراً ولامكاتباً ، وإن لم يؤد من كتابته شيئاً ولامعتقاً إلى أجلٍ ، ولاأم ولدٍ ، أو عبدٍ قال : إن اشتريته فهو حرٌ ، فاشتراه فأعتقه عن ظهاره ، فلايجزئه ، لأن كل من يعتق عليه إذا ملكه فلايجزئه عتقه عن ظهاره ، صار إليه بشراءٍ ، أو ميراثٍ ، أو هبةٍ ، أو صدقةٍ ، أو وصيةٍ ، أو غيرها فقَبِله ، ونوى به عن ظهاره فلايجزئه ذلك ، ولاتجزئه إلا رقبةٌ يملكها قبل أن تعتق عليه[5] .

---

(١) لعل المراد حديث أبي المليح : أن رجلاً من قومه أعتق ثلث غلامه فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : "هو حرٌ كله ليس لله شريك" .
أخرجه البيهقي ، كتاب العتق ، باب من أعتق من مملوكه شقصا ٤٦٢/١٠ رقم (٢١٣١٧) .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٤/أ .

(٣) أخرجه مالك ، كتاب العتق والولاء ، باب مالايجوز من العتق في الرقاب الواجبة ٥٩٦/٢ رقم (١٢) .

(٤) انظر : المدونة ٧٧/٣ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٧٢/٣،٧٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٣ .

ابن المواز عن ابن القاسم : ولو قال : إن اشتريت فلاناً فهو حرٌ عن ظهاري ، فاشتراه فهو يجزيه عن ظهاره[١] .

قال الشيخ : وذكر أن أبا عمران غَمَزَ المسألة فقال : لايجزئه إذا كان قد ظاهر قبل قوله : إن اشتريت فلاناً فهو حرٌ عن ظهاري ، من أجل أنه لايستقر ملكه عليه ، ويعتق بنفس الشراء ، قال : وأما لو لم يكن ظاهر لأجزأه ذلك ، وكأنه قال : إن اشتريتك فأنت حرٌ عن ظهاري إن وقع مني شيءٌ ونويت العودة ، فإن لم ينو العودة فلايعتق عليه . قيل له : والذي في كتاب ابن المواز قد حصل منه الظهار ، وكأنه أراد العودة حين قال : إن اشتريتك فأنت حرٌ عن ظهاري؟

فقال ابن القاسم : لايراعي نية العودة ، وقد ظهر ذلك منه في مسائل كثيرة، وإنما يلزمه نية العودة عند[٢] عبد الملك وسحنون[٣] .

قال الشيخ : والمسألتان سواء ، ونية العودة في مسألة محمدٍ أمكن لحصول الظهار فيها ، وكل مُكفِّرٍ عن ظهاره فإنما يريد حلَّ الظهار الذي منعه الوطء ليطأ ، فهذه نية العودة ، فلافرق بين قوله[٤] لعبد : إن ملكتك ثم ظاهرت فأنت حرٌ عن ذلك الظهار ، وبين قوله : فأنت حرٌ ، عن ظهارٍ لزمه ، لأن كليهما عقد فيهما[٥] الحرية لظهارٍ كان أو إن كان ، وهو في الذي كان أبين ، لتمكن نية العودة في ظهارٍ قد حصل ، والله أعلم .

قال مالك : وإن أعتق مافي بطن أمته عن ظهاره لم يجزه ، ويعتق إذا وضعته وإن أعتق عبده عن ظهاره على مالٍ يكون عليه ديناً لم يجزه ، وإن كان المال في يد العبد فاستثناه السيد جاز عتقه عن ذلك الظهار ، إذ له انتزاعه ، كقول مالكٍ فيمن أوصى بعتق رقبةٍ فوجد الوصي عبداً يباع ، وأبى ربُّه / بيعه حتى يتعجَّل من العبد [١٦٩/ب] مالاً ، فذلك جائزٌ وهو يجزئ عن الميت .

---

(١) النوادر والزيادات ل٣٦٤/أ .

(٢) "عند" ليست في ز .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٢٩/ب .

(٤) "قوله" ليست في أ .

(٥) "فيهما" ليست في ز .

قال : ومن أعتق عبده عن رجلٍ عن ظهارٍ عليه ، على جُعْلٍ جعله له فولاؤه للمعتَق عنه ، وعليه الجُعْلُ كاملاً ، ولايجزئه عن[١] ظهاره ، كمَن اشترى رقبةً بشرط العتق فأعتقها عن ظهاره ، فلايجزئه عن ظهاره ، وهو حرٌ ، والولاء له[٢] .

وسئل أبو عمران عن الرجل يعتق عن رجلٍ عن ظهارٍ لزمه؟

فقال : يجزئه .

قيل له : لم أجزأه وهو لم يرد العودة؟

فقال : ابن القاسم لايراعي نية العودة .

قيل له : أرأيت لو لم يرض بالعتق؟

فقال : لايجزئه عن الظهار .

فقيل له : فإن الولاء له فكيف لايجزئه؟

فقال : كما يعتق المكاتب والمدبر ، فيكون له الولاء ولايجزئه عن ظهاره[٣] .

وسئل عن الذي ظاهر من أمته وليس له[٤] غيرها فأعتقها عن ظهاره ، وكيف أجزأه ذلك وهو إذا أعتقها حرُم عليه فرجها؟

فقال : نية العودة إلى الوطء توجب عليه الكفارة ، فإذا أعتقها زال عنه الظهار ، وحرُم عليه فرجها إلا بتزويج .

قيل له : فإن بعض الناس يضعِّف هذه المسألة؟

فقال : إنما يُضعِّفها من لايعرف ماللسلف في ذلك ، والقاسم بن محمدٍ وسالمُ وغيرهما يقولون : إن الظهار في الإماء ، ويعتقن عن ظهارهن[٥] ، وقال غير

---

(١) "عن" ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٣/٧٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٣ .

(٣) تهذيب الطالب ل ٢٩/ب .

(٤) "له" ليست في أ ، ب .

(٥) وقولهما أخرجه في المدونة : فعن خالد بن أبي عمران أنه سأل القاسم بن محمد وسالم بن عبدالله عن الرجل يتظاهر من وليدته ولايقدر على مايعتق غيرها أيجوز له عتقها؟ قالا : نعم وينكحها . ٣/٥١ .

واحدٍ من القرويين : إنما تصح المسألة إذا كان قد وطئ ، أو على القول الذي يرى أن بإرادته العودة لزمته الكفارة وإن ماتت أو طلقها[1] .

قال الشيخ : والكفارات إنما وُضعت تُحِلُّ الأيمان ، فإذا كفَّر لِحِلٍّ يمينه فقد انحل ، فلاتراعى حرمت عليه بهذه الكفارة أم لا ، ومتى ماحلَّ له وطؤها لم يكن عليه فيها يمينٌ تمنعه الجماع ، والله أعلم .

قال الشيخ : وفرَّق بعض أصحابنا بين من أعتق عن رجلٍ لظهارٍ لزمه أو غيره ، وبين من أدى عن رجلٍ زكاة لزمته .

فقال : تجزئ في الكفارة ولاتجزئ في الزكاة ، قال : لأن الزكاة ليست في ذمته ، والعتق لزم ذمته كالدين ، فلو عكس ذلك لكان أولى ، وذلك أن الكفارة قبل الحنث غير لازمة ، والزكاة إذا حلت فقد وجبت ، فإذا كان يجزئه العتق عنه في الكفارة التي لم يحنث فيها إذا كان بأمره ، ففي الزكاة التي لزمته إذا أداها عنه بأمره أحرى أن تجزئه[2] ، لأنها كدينٍ عليه ، وهذا بيِّن .

فإن قال : أردت في كفارة لزمته بالحنث؟

قيل : ذلك كزكاة حلَّت ووجبت ، وأما قبل الحنث وقبل حلول الزكاة فالحكم معكوسٌ يجزئ في الظهار لجواز أدائها قبل الحنث ، ولايجزئ في الزكاة ، لأنها لاتؤدى قبل حلولها[3] .

فصل [٤ ــ فيما يمنع الإجزاء من العيوب]

ولايجزئ أقطع اليد الواحدة أو أصبع أو أصبعين أو الإبهام أو الإبهامين[4] أو الأذنين أو أشلٌّ أو أجذم أو أبرص أو أصم أو مجنونٌ وإن أفاق أحياناً ، ولاأخرس ولاأعمى ولامفلوجٌ يابس الشق .

---

(١) أي قبل الوطء . تهذيب الطالب ل ٢٩/ب .

(٢) "أن تجزئه" ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٩/ب .

(٤) قال القاضي عبد الوهاب : لأن قوة الأصابع بالإبهام ، فإذا فُقِدت انحلت قوة بقية الأصابع وضعفت فأثَّر ذلك في ضعف التصرف ونقص العمل . المعونة ٢/٨٩٣،٨٩٤ .

وأجاز غيره[1] مقطوع الأصبع الواحدة ، أو من به برصٌ خفيفٌ ولم يكن بمرض .

قال ابن القاسم : ولايعجبني عتق الخصي في شيءٍ من الكفارات[2] .

ابن المواز : واختلف في ذلك ، فقيل : يجوز ، وقيل : لايجوز .

[فصل ٥ ــ في عتق الأعور في الظهار]

ومن المدونة : وأجاز مالك عتق الأعور في الظهار[3] ، وقاله النخعي والحسن[4] .

ابن المواز : وقال عبد الملك : لايجزئ عتق الأعور في الظهار[5] .

قال الشيخ : فوجه قول مالك : هو أن العين الواحدة تقوم مقام الاثنتين ، ويرى بها مايرى بالاثنتين ، ولذلك ديتها كدية العينين جميعاً[6] ألف / دينار ، فهو [١٧٠/أ] كالصحيح .

ووجه قول عبد الملك : فلأنه فَقَدَ مايجب فيه شطر الدية كأقطع اليد[7] .

[فصل ٦ ــ في عتق الأعرج ، ومن به عيب خفيف والصغير ، والأعجمي]

ومن المدونة : قال مالك : ويجزئ عتق الأعرج في الكفارات إذا كان عرجاً خفيفاً .

---

(١) أي غير مالك .

(٢) انظر : المدونة ٧٤،٧٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٣ .

(٣) انظر : المدونة ٧٥/٣ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٧٧/٣ .

(٥) انظر : المعونة ٨٩٤/٢ .

(٦) "جميعا" ليست في ز .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٨٩٤/٢ .

قال ابن القاسم : وإن كان به عيبٌ خفيفٌ كجَدْعٍ في[1] أذن ، أو قطع[2] أنملةٍ ، أو قطع طرف أصبعٍ فأرجو أن يجزئ في كل الكفارات ، وماكان من عيبٍ فاحشٍ أو يُنقِصه فيما يحتاج إليه من عنائه أو جزائه لم يجزه .

قال مالك : ويجوز عتق الصغير في كفارة الظهار إذا كان من قصر النفقة ، وعتق من صلى[2] وصام أحب إلي .

قال ابن القاسم : يريد من عقل الصلاة والصيام .

قال مالك : ومن اشترى أعجمياً فأعتقه عن ظهاره ، فإن كان من ضيق النفقة فأرجو أن يجزئه ، وعتق[3] من صلى وصام أحب إلي[4] .

وفي نقل أبي محمد عن ابن المواز : قال ابن القاسم : يجزئ عتق الأعجمي الذي يجبر على الإسلام وإن لم يُسلم .

والذي في كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم : ويجزئ الأعجمي عند مالكٍ وغيره ، وهو[5] أحب إلي ، وذلك الأمر[6] عنده ، لأنهم[7] على دين من اشتراهم .

قال ابن القاسم : وهو رأيي[8] .

ابن المواز : وقال أشهب : لايجزئ حتى يجيب إلى الإسلام ، وهو أحب إلي[9] .

---

(١) "في" ليست في أ ، ب .
(٢) "قطع" ليست في أ ، ب ، وفي ز زيادة "في" .
(٢) في أ ، ب "أو" بدل "الواو" .
(٣) "عتق" ليست في ز .
(٤) انظر : المدونة ٣/٧٥ ، تهذيب المدونة ص١٢٣ .
(٥) "وهو" ليست في ز .
(٦) "الأمر" ليست في ز .
(٧) في ب ، ز "أنهم" .
(٨) قال ابن القاسم في المدونة : سألت مالكاً عن العجمي يشتريه فيعتقه عن ظهاره؟ قال : نعم إن كان من ضيق النفقة فأرجو أن يجزئ . ٣/٧٥ .
(٩) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٠/أ .

قال الشيخ : قال بعض أصحابنا : وينبغي على قول ابن القاسم أن يوقف عن امرأته حتى يسلم ، وإن مات قبل أن يسلم لم يجزه .

وقلت أنا : بل له وطء زوجته حين أعتقه ، ولو مات قبل أن يسلم لأجزأه ، لأنه على هذا القول على دين من اشتراه ، ولما كان يجبر على الإسلام ولايأباه في غالب أمره حمل الأمر على الغالب فيه ، فكأنه مسلمٌ بعد ، كالصغير الذي هو على دين أبيه ، بل إن قول أشهب أحسن .

[فصل ٧ ـ في عتق الرضيع وولد الزنا]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأجاز عتق الرضيع في الكفارات عدد من التابعين[(١)] ، وأجاز أبو هريرة وغيره[(٢)] عتق ولد الزنا في الكفارات[(٣)] [(٤)] .

ابن المواز : وقيل : لايجزئ .

[فصل ٨ ـ فيمن أعتق عبده عن ظهار غيره]

قال ابن القاسم في المدونة : ومن أعتق عبده عن رجل عن ظهاره أو عن شيءٍ من الكفارات بأمره أجزأه ، والولاء للمعتق عنه ، وإن كان بغير أمره قبل أن يطأ أو يريد العودة لم يجزه ، وإن كان بعد وطء أو إرادة العودة فبلغه ذلك فرضي أجزأه ، لأن مالكاً قال فيمن أعتق عبده عن ميتٍ لظهارٍ لزمه أو ودى عنه كفارةً لزمته : أن ذلك يجزئه ، فكذلك الحي إذا بلغه فرضي به .

---

(١) كابن شهاب ويحيى بن سعيد وربيعة وعطاء وخالد بن أبي عمران .
انظر : المدونة ٣/٧٧ .

(٢) كابن عمر وابن عباس وفُضَالة بن عبيد وربيعة .
انظر : المصدر نفسه ٣/٧٧ .

(٣) أخرج أثر أبي هريرة ابن أبي شيبة ، كتاب الأيمان والنذور والكفارات ، بابٌ في ولد الزنا يجزئ في الرقبة أم لا ٣/٧٨ رقم (١٢٢٤٥) .

(٤) انظر : المدونة ٣/٧٧ .

سحنون : وقد قال ابن القاسم وغيره : لايجزئه إلا بأمره ، لأنه عتقٌ لايُـرد ، رضي هذا أوكَرِه ، وإذا قال : قد أجزت ، فإنما أجاز شيئاً قد فات فيه العتق ، وهو أحسن إن شاء الله[1] .

---

(١) انظر : المصـدر نفسه ٧٦،٧٥/٣ ؛ تهذيب المدونة ص١٢٣ .

[الباب العاشر]
فيمن صام عن ظهاره في رمضان أو ذي الحجة أو سافر في صومه فمرض

[فصل ١ ـ فيمن صام عن ظهاره في رمضان أو ذي الحجة]

قال ابن القاسم : ومن صام شعبان ورمضان ينوي بهما الظهار ويريد أن يقضي رمضان في أيامٍ أُخَر لم يجزه رمضان لفرضه ولالظهاره[١] .

وقال ابن حبيب : إذا صام شعبان لظهاره ورمضان لفرضه ثم أكمل ظهاره بصيام شوالٍ أن ذلك يجزئه ، فيحتمل أن يكون ذلك موافقاً لقول مالكٍ فيمن صام ذا القعدة وذا الحجة لظهارٍ عليه جاهلاً فعسى أن يجزئه[٢] .

وقال بعض شيوخنا : أن ذلك / لايجزئه ، لأنه تفريقٌ كثيرٌ ، والأول أولى ، [١٧٠/ب] لأن الجهالة غررٌ كالمرض في غير وجه[٣] .

قال مالك : ومن صام ذا القعدة وذا الحجة لظهارٍ عليه ، أو قتل نفسٍ خطأً لم يجزه ، إلا من فعله بجهالةٍ وظنَّ ذلك يجزئه ، فعسى أن يجزئه[٤] .

قال أبو محمد : يريد ويقضي أيام النحر التي أفطر ويصِلُها[٥] .

قال مالك[٦] : وماهذا بالبيِّن[٧] ، وأحب إليّ أن يبتدئ[٨] .

---

(١) انظر : المدونة ٣/٧٧ ، تهذيب المدونة ص١٢٣ .

(٢)،(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٠/أ .

(٤) انظر : المدونة ٣/٧٧،٧٨ ، تهذيب المدونة ص١٢٣ .

(٥) تهذيب الطالب ل ٣٠/أ .

(٦) "قال مالك" ليست في أ .

(٧) أي القول بأن صوم شهري ذي القعدة وذي الحجة مجزءاً .

(٨) انظر : المدونة ٣/٧٨ .

وقال سحنون : لايجزئه .

ونقل أبو محمد في النوادر عن مالك : أنه إن أفطر يوم النحر وصام أيام التشريق رجوت أن يجزئه[١] .

وهذا أصح من قوله : وأفطر أيام النحر .

قال ابن القصّار : لأن صوم هذه الأيام[٢] إنما هو على الكراهة ، لأن مالكاً قال فيمن صام شهري التتابع وهو يعلم أنه يمرُّ بيوم النحر ووصل مابعده أجزأه ، فدلّ أنها تُصام كما يصومها المتمتع[٣] .

وقال أبو القاسم بن الكاتب : معنى مسألة المدونة أنه صام يوم النحر وأيام التشريق فيقضيها ويبني ، وأما لو أفطرها لم يجزه البناء ، لأنه صوم غير متوالٍ ، والأول[٤] وإن كانت أياماً لاتصام فهو لم يأكل فيها ونوى صيامها وإن كانت لاتجزئه[٥] .

قال الشيخ : فصار في ذلك ثلاثة أقوال ، قولٌ يجزئه البناء وإن أفطر أيام النحر كلها إذا جهل ذلك .

وقولٌ لايجزئه إلا أن يفطر يوم النحر خاصة ويصوم أيام التشريق .

وقولٌ لايجزئه إلا أن يصومها كلها ، ويقضيها ويبني ، وهو أضعفها .

[فصل ٢ ـــ فيمن سافر في صوم الكفارة فمرض]

قال مالك : ومن سافر في شهرّي ظهاره فمرض فأفطر فيهما فأخاف أن يكون السفر هيّج عليه مرضه حرّاً أو برداً أصابه ، ولو أيقنت أن ذلك لغير حرٍ أو بردٍ أهاجه السفر لأجزأه البناء ، ولكني أخاف .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٠/أ .

(٢) أي أيام التشريق .

(٣) أي الذي لايجد الهدي .

(٤) في أ ، ب "بالأول" ، وهو تحريف .

والمراد الوجه الأول : وهو أنه يجزئه إن صام أيام التشريق .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٣٠/أ .

وقال سحنون : يجزئه .

قال مالك : ومن صام لظهاره ثم مرض فأفطر فليبن إذا صح ، فإن أفطر يوماً متعمداً بعد قُوّته على الصوم ابتدأ .

قال : وإن حاضت امرأةٌ في صومٍ عليها متتابعٍ ولم تصل قضاء أيام حيضتها فلتبتده .

قلت : فقول الله تعالى : ﴿فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾[1] ، من هذا الذي لايستطيع؟

فقال : هو الصحيح الذي لايقوى على الصوم من كِبَرٍ أو ضعفٍ ، ومن الناس من هو صحيحٌ لايقوى على الصوم[2] .

ومسألة من تظاهر وهو مريضٌ قد تقدمت في باب الصوم في الظهار فأغنى عن إعادتها[3] .

---

(١) سورة المجادلة : آية ٤ .

(٢) انظر : المدونة ٣/٧٨-٨٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٣ .

(٣) انظر ص٧٨٩ .

[الباب الحادي عشر]
في كفارة من ظاهر من جماعة نساء
أو يمين بالله ، أو إيلاء

قال مالك : ومن ظاهر من أربع نسوةٍ له في غير مرةٍ واحدةٍ لزمه في كل واحدةٍ منهن كفارة[1] .

قال ابن القاسم : فإن أعتق عنهن أربع رقابٍ في مرةٍ واحدةٍ أجزأه وإن[2] لم يعيِّن التي أعتق عن كل واحدة ، لأنه لم يُشرك بينهن في العتق ، وليس[3] لهن من ولائهم شيئ .

وكذلك إن أعتق ثلاث رقابٍ عن ثلاثٍ منهن غير معيَّنات ، وحاشى واحدةً من نسائه لم ينوها بعينها أجزأه ذلك ، إلا أنه لايطأُ واحدةً من الأربع حتى يعتق رقبةً رابعةً .

ولو ماتت منهن واحدةٌ أو طلقها كان كذلك أيضاً لايطأ واحدةً منهن حتى يعتق رقبةً رابعةً[4] .

قال الشيخ : يريد فإن وطئ فقد أساء ، ولم يكن له أن يطأ واحدةً منهن حتى يكفِّر ، وقد تخلَّدت هذه الكفارة في ذمته لايزيلها موتهن أو طلاقهن ، بخلاف لو لم يطأ . / [١٧١/أ]

---

(١) انظر : المدونة ٣/٨٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٣ .

(٢) "وإن" ليست في أ .

(٣) في ز زيادة "لأن" .

(٤) لأنا لاندري أيتهن الباقية ، فلما أعتق الرابعة كان قد استكمل عنهن الكفارات ولم يشرك بينهن في أصل العتق .
انظر : المدونة ٣/٨٠،٨١ ، تهذيب المدونة ص١٢٣ .

ومن كتاب ابن المواز : قال أشهب : إن أعتق عن الأربع أربعة أرؤسٍ أجزأه وإن لم يعيّن[1] عن كل واحدةٍ رأساً ، ولو أعتق اليوم رأسين ، وفي غدٍ رأسين ولم يسمّ في ذلك واحدةً بعينها لم يجزه ، وإن أعتق ثلاثة أرؤسٍ وأطعم ستين مسكيناً في مجلسٍ واحدٍ لم يجزه .

قال ابن المواز : ولم يعجبنا قوله[2] .

قال الشيخ : وهذا خلاف قول ابن القاسم المتقدم .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن أعتق ثلاث رقابٍ عن الأربع استأنف عتق أربع رقاب ، لأنه أشركهن في كل رقبة ، ولايجزئه هاهنا عتق رقبةٍ رابعةٍ ، ماتت إحداهن ، أو طلقها ، أو لم يطلقها ، وكذلك الجواب في تظاهره من امرأتين وعتقه عنهما .

قال : ولو صام ثمانية أشهرٍ متتابعاتٍ عن الأربع نسوةٍ[3] ينوي لكل واحدةٍ منهن لم يعينها كفارةً أجزأه ، وكذلك الإطعام .

فإن أشركهن في كل يومٍ في الصيام أو في كل مسكينٍ في الإطعام لم يجزه ، إلا أن ينوي به مُدّاً لكل مسكينٍ في كفارته ، وإن لم ينوِ امرأةً بعينها ولاكفارةً كاملةً فيجزئه ذلك ، لأن الإطعام يجزئه أن يفرّق فيطعم اليوم عن هذه أمداداً ، وفي غدٍ عن الأخرى أمداداً ، ثم يتم بعد ذلك كفارة كل واحدٍ فتجزئه وإن كان مفترقاً بخلاف الصوم ، لأن فيه شرط التتابع[4] .

وإن ماتت واحدةٌ وقد أطعم عن جميعهن مئةً وعشرين مسكيناً ولم ينو مالكل واحدةٍ من ذلك ، ولاأشركهن في كل مسكينٍ سقط حظ الميتة من ذلك ، وذلك ثلاثون مُدّاً ، وجُبِر على مابقي بعد ذلك تمام[5] ثلاث كفارات .

---

(١) في أ ، ب "يعتق" .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٤/ب .

(٣) "نسوة" ليست في ز .

(٤) فقال الله تعالى : ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا﴾ . سورة المجادلة : آية ٤ .

(٥) "تمام" ليست في أ .

ولو تظاهر منهن في كلمة ثم وطئ واحدةً منهن لزمته كفارةٌ واحدةٌ ، فإن صام شهرين ونوى بصومه التي وطئ ، وأدخل الباقيات في نيته ، أو نسيهن فذلك يجزئه عنهن .

ولو جامع ليلاً في صوم غير التي نوى الصوم عنها ابتدأ ، لأن صومه كان يجزئ عن جميعهن ، كمن حلف بالله في أشياء سماها ألاّيفعلها فحنث بفعل أحدها فكفارةٌ تجزئ عن جميعها ، وإن نوى بالكفارة الشيئ الذي حنث به ناسياً لباقيها ، أو ذاكراً فلاشيئ عليه فيما بقي مماكان حلف عليه ألاّ يفعله لو فعله ، وكذلك لو كفَّر قبل حنثه في اليمين بالله تعالى ونوى بكفارته أحد هذه الأشياء التي حلف لافعلها ولم يُدخل باقيها في كفارته أجزأه ذلك عن جميعها ، ثم لايلزمه شيءٌ من فعل باقيها ، وقد استحب مالكٌ الكفارة في اليمين بالله تعالى بعد الحنث .

قال : وإن كفَّر قبل الحنث رجوت أن يجزئ عنه .

وقد سئل مالكٌ عمن حلف بعتق رقبةٍ ألاّيطأ امرأته ، فأُخبر أن الإيلاء عليه فأعتق إرادة إسقاط الإيلاء؟

قال مالك : أحب إليّ أن يعتق بعد الحنث ، فإن أعتق قبله أجزأه ، ولاإيلاء عليه[(١)] .

قال ابن المواز : وقال أيضاً مالك : لايلزمه ذلك إلا في رقبةٍ معينةٍ[(٢)] .

[تمّ كتاب الظهار بحمد الله وحُسن عونه
وصلى الله على نبينا محمدٍ وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً]

---

(١) انظر : المدونة ٨٢،٨١/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٤،١٢٣ .

(٢) ففي العتبية : وسألته عن الذي يقول : علي عتق رقبة إن مسست امرأتي؟ فقال : هو مول ، فإن كان سمى عبداً له بعينه فمات ذلك العبد أو أعتقه فإن الإيلاء قد سقط عنه . العتبية مع البيان والتحصيل ٣٧٣/٦ .

[الكتاب العاشر]
كتاب التخيير[1] والتمليك[2]

[الباب الأول]
باب جامع في تخيير الزوجة وجوابها

[فصل ١ ـ في معنى التخيير وأدلته ومايلزم به]

وقد خيَّر الرسول عليه الصلاة والسلام نساءه كما أمر الله سبحانه ، قالت عائشة رضي الله عنها:فبدأ بي رسول الله صلى الله عليه وسلم وتلا هذه الآية : ﴿يَاأَيُّهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ / الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ [١٧١/ب] وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلاً . وَإِن كُنتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالدَّارَ الْآخِرَةَ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنكُنَّ أَجْرًا عَظِيمًا﴾[3] ، فقلت له : إني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ، قالت عائشة رضي الله عنها: ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل

---

(١) التخيير لغة : مصدر خَيَّرَ يُخير تَخييراً ، تقول : خيَّرته بين الشيئين : أي فوّضت إليه الخيار . انظر : اللسان ، مادة (خَيَّر) .
وشرعاً : جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثاً حكماً أو نصاً عليها حقاً لغيره . شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٨٥ .

(٢) التمليك : مصدر ملَّك يملك تمليكاً ، يقال : أملكت فلانة أمرها : أي طلقت ، وقيل : جعل أمر طلاقها بيدها ، قال أبو منصور : ملَّكت فلانة أمرها ، بالتشديد أكثر من أملكت . انظر السان ، مادة (مَلَّكَ) .
وشرعاً : جعل إنشائه حقاً لغيره راجحاً في الثلاث يَخُصُّ فيما دونها بنية أحدهما . شرح حدود ابن عرفة ١/ ٢٨٥ .

(٣) سورة الأحزاب : آية ٢٨،٢٩ .

مافعلت[١] ، فلم يكن ذلك طلاقاً[٢] .

وقاله عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت وعبد الله بن عباس وابن مسعود رضي الله عنهم[٣] .

قال زيد بن ثابت وربيعة : واختارت ابنة الضَّحاك العامري نفسها ، فكان ذلك البتات[٤] .

فكان مادلَّ عليه الكتاب وبيَّنته السنة في الخيار أن تَبين الزوجة أو تُقيم ، ولاتبين المدخول بها بدون الثلاث إلا في طلقةٍ بائنةٍ يوجبها حكمٌ ، أو خُلعٌ ، والله أعلم[٥] .

ومن الأحكام لإسماعيل اختصار [بكر][٦] القاضي[٧] قال : وقد ظَنَّ قومٌ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خيَّر نساءه في الطلاق ، وهذا ظَنُّ سُوءٍ أن يُظَنَّ برسول الله صلى الله عليه وسلم أن يخيِّر في طلاقٍ يكون ثلاثاً ، وإنما خيَّرهن بين الدنيا والآخرة ، فإن اخترن الآخرة كنَّ على ماكنَّ عليه ولهن مااخترن ، وإن اخترن الدنيا طلقهن حينئذٍ طلاق السنة الذي علَّمه الله تعالى[٨] ، ألا ترى إلى قوله تعالى :

---

(١) أخرجه مسلم ، كتاب الطلاق ، باب بيان أن تخيير امرأته لايكون طلاقاً إلا بالنية ١١٠٣/٢ رقم (١٤٧٥) .

(٢) انظر: المدونة ٣٨١/٢ .

(٣) أخرج هذه الآثار ابن أبي شيبة ،كتاب الطلاق ، باب ماقالوا في الرجل يخير امرأته فتختاره أن يختار نفسه ٩١/٤ رقم (١٨٠٩١،١٨٠٩٤،١٨٠٨٩،١٨٠٨٧) .
وانظر : المصدر نفسه ٣٨٢/٢ .

(٤) انظر : المدونة ٣٨٢/٢ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٣١/أ .

(٦) "بكر" ليست في جميع النسخ .

(٧) هو القاضي بكر بن العلاء القشيري وقد سبقت ترجمته ص٥٦٢ .

(٨) يشير إلى قوله تعالى : ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٍ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحاً جَمِيلاً﴾[١][٢] .

قال الشيخ : وهذا من قوله يدل على خلاف[٣] اختيار ابنة الضحاك نفسها لأنه كان يكون اختارت خلاف ماجُعِل لها ، فلايلزم مااختارته .

وقال بعض البغداديين : إنما يكره التخيير كما يكره التطليق ثلاثاً ، فإن فعل لزمه كما يلزمه تطليقه ثلاثاً[٤] .

وحكي لنا عن أبي عمران أنه قال : لايكره للرجل أن يخيِّر زوجته كما يكره له[٥] التطليق ثلاثاً ، وإنما يكره ذلك للمرأة أن تطلق نفسها ثلاثاً .

فقيل : إنما صار ذلك إليها بسببه؟

فقال : أليس الذي[٦] يقصد إلى البدعة كالذي لايقصد إليها؟

فقيل له : ماذكر أبو محمدٍ عن بعض البغداديين أنه يكره التخيير كما يكره التطليق ثلاثاً؟

فقال : هذا شيءٌ ذكره بكرٌ القاضي[٧] ، ومافي الحديث[٨] يردُّه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعائشة رضي الله عنها[٩] : "لاتعجلي حتى تستأمري أبويك" ، أو كما قال صلى الله عليه وسلم ، فلو عَلم أنها تختاره لم يقل لها :

---

(١) سورة الأحزاب : آية ٢٨ .

(٢) المصدر نفسه ل٣١/أ .

(٣) "خلاف" ليست في أ ، ب .

(٤) المصدر نفسه ل٣١/أ .

(٥) "له" ليست في ز .

(٦) "الذي" ليست في أ .

(٧) كما تقدم قريبا .

(٨) أي حديث تخييره صلى الله عليه وسلم لنسائه المذكور أول الباب .

(٩) أي عند تخييره لها ، وقد سبق تخريجه قريباً .

" لاتعجلي". وقد ذُكِر في بعض الحديث أن امرأةً بدويةً اختارت نفسها[١] ، فلايكره مافعله النبي صلى الله عليه وسلم واستعمله السلف بعده[٢] .

قال مالكُ رحمه الله : ومن قال لامرأته بعد البناء : اختاري نفسك ، فقالت: اخترت نفسي ، فهي ثلاثُ ، ولامناكرة للزوج ، وإن قال لها : اختاري ، فقالت : قبلت أمري ، سئلت ماالذي قَبِلت ، فإن قالت : ماجُعِلَ لي من الخيار و لم أُطلِّق ، قيل لها : فطلقي إن أردت ، أو فَرُدِّي ، فإن طلقت ثلاثاً لزمته ولامناكرة له ، وإن طلقت دون البتات لم يلزمه شيء ، وإنما لها الخيار أن تطلق ثلاثاً ، أو ترد ذلك ، وإن قالت : أردت بذلك الطلاق ، سئلت أي الطلاق أرادت ، فإن كان دون البتات بطل ، و لم يلزم الزوج بشيء ، وإن كان البتات لزم ولامناكرة للزوج[٣] .

قال ابن المواز : قال مالكُ[٤] وأصحابه : إذا طلقت[٥] واحدةً فليس بشيء ، إلا عبد الملك فقال : تكون ألبتة[٦] .

قال الشيخ : فوجه قول مالك : أنها اختارت ما لم يُجعل لها ، فلم تكن بذلك مختارةً ماجُعل لها ، أصله لو اختارت شيئاً آخر مخالفاً لما هُمَا فيه ، فلااخلاف أن ذلك قطعُ لخيارها .

---

(١) أي من نسائه صلى الله عليه وسلم ، وهي التي قيل : إنها ابنة الضحاك العامري،كما تقدم ، قال عبد الجبار : وحدثني ابن شهاب : أن امرأةً منهن اختارت نفسها فذهبت وكانت بدوية . المدونة ٣٨٢/٢ .
قال ابن العربي : وقول ابن شهاب : إنها كانت بدويةً فاختارت نفسها ، لم يصح . أحكام القرآن ١٥١٣/٣ .

(٢) تهذيب الطالب ل ٣١/أ .

(٣) انظر : المدونة ٣٧٣/٢،٣٧٤ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .

(٤) "قال مالك" ليست في أ .

(٥) أي المخيرة .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٨٩/أ .

ووجه قول عبد الملك : أن اختيار البعض فيما لايتبعَّض اختيارٌ لـه بكمالـه ،/ [١٧٢/أ] كمن طلق بعض طلقةٍ أنه تلزمه طلقةٌ كاملةٌ ، إذ لايتبعض الطلاق .

قال ابن المواز : وإذا اختارت واحدةً فتبيِّن من الـزوج الرضى بهـا فتلزمـه ، وله الرجعة ليس من قِبَل الخيار ، لأن الخيار طلاقٌ لارجعة فيه[١] .

قال الشيخ : يريد : ولكن لرضاه بما طلقت به نفسها ، فهو كما لو طلقهـا ذلك .

ومن المدونة : قال مالك : وإنما يُنظر في الخيار والتمليك إلى ماقال الـزوج ، فإن قال : اختاري ، فهذا خيار ، وإن قال : أمرك بيـدك ، فهـذا تمليـك ، ولتسـأل المرأة في الخيار والتمليك كما وصفنا ، وليس للزوج مناكرة المدخول بهـا في الخيـار وله مناكرتها في التمليـك إذا قضـت بـأكثر مـن الواحـدة إن ادعـى نيـة في ذلـك ، فالفرق بينهما أن الخيار إنما جُعِل لها فيه أن تقيـم عنـده ، أو تبـين منـه ، والواحـدة لاتُبينها ، فلما كانت الواحدة لاتبينها علمنا أنه إنما جُعِل ذلك إليها في الثلاث .

ـ وقد جرت فيه السنة التي قدمناها[٢] ـ

وأما التمليك فلم يجعل لها الخيار في أن تبين منه أو تقيم عنده ، وإنما جُعِل لها أن تطلق واحدةً ، أو اثنتين ، أو ثلاثـاً ، إلا أن يناكرهـا فيعلـم أنـه لم يَجعـل لهـا إلا ماقال مع يمينه ، ويكون أملك بها ، وإن قضـت المملَّكـة بواحـدةٍ ، فقـال الـزوج : كذلك أردت ، كان أملك بها[٣] .

أبـو محمـد : وقـال ابـن أبـي سَـلمة : التخيـير والتمليـك سـواءٌ ، ولـه فيـه المناكرة[٤].

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٢٨٩/أ .

(٢) يشير المؤلف إلى تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم لنسائه ، وقد سبق تخريجه ص٨١٣ .

(٣) انظر : المدونة ٣٧٤،٣٧٣/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٨٩/ب .

ومن المدونة : قلت : فإن قال لها : اختاري في أن تطلقي نفسك تطليقةً واحدةً وفي أن تقيمي ، فقالت : اخترت نفسي؟

فقال : سئل مالكٌ عنها فقال لزوجها : احلف بالله ماأردت بقولك : اختاري في واحدة ، إلا واحدة ، وتكون أملك بها .

قيل لابن القاسم : فكيف كانت المسألة التي سألوا مالكاً عنها؟ قال : سألوا مالكاً عن رجلٍ قال لامرأته : اختاري في واحدة ، فأخبرهم بما أخبرتك[1] .

قال ابن المواز : وإنما استحلفه مالكٌ فيما نرى خوفاً أن يكون إنما قال لها : اختاري في واحدة ، أي مرةً واحدةً ، فتكون ألبتة ، فأما إن بيّن لها فقال لها : اختياري في أن تطلقي من الطلاق واحدة ، فلايمين عليه[2] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لها : اختاري في تطليقة ، فقالت : قد اخترتها ، أو اخترت نفسي ، لم تلزمه إلا[3] واحدة ، وله الرجعة ، ولايكون لها أن تختار أكثر من واحدة[4] .

قال الشيخ : وإنما لزمته واحدةٌ إذا قالت : اخترت نفسي ، لأنها قد اختارت ماجَعَلَ لها وزادت عليه ، فلزمه ماجعل لها وسقط عنه الزائد .

ابن حبيب : وقال مطرف عن مالكٍ فيمن ملّك امرأته في واحدةٍ فقضت بالبتة ، فلاشئ لها ، لأن ألبتة لاتتبعض ، ولو قالت بالثلاث لزمته واحدةٌ ، وساوى بينهما المغيرة ، فقال في ألبتة كما قال مالكٌ[5] في الثلاث : أنها تلزمه واحدة .

وقال أصبغ : إن ملّكها ثلاثاً ، أو قال : ألبتة ، فقضت بواحدةٍ ، أو ملّكها واحدةً فقضت بالبتة ، أو بالثلاث ، فذلك كله باطل ، لأنه غير ماأعطاها[6] .

---

(١) انظر : المدونة ٣٧٤/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٢/أ .

(٣) "إلا" ليست في أ .

(٤) انظر : المدونة ٣٧٤/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .

(٥) "مالك" ليست في ز .

(٦) النوادر والزيادات ل٢٩٢/ب .

قال الشيخ : وقد وجّه مطرف قوله ، وَوَجْهُ[1] قول المغيرة : إن ألبتة كنايةٌ عن الثلاث ، ألا ترى أنه إذا أوقعها عليها لم يتزوجها إلا بعد زوجٍ كالثلاث ، فله في هذا حكم الثلاث .

ووجه قول أصبغ فيما إذا جعل لها واحدةً فقضت بالثلاث : إنه لايلزمه شيءٌ لأنه غير ماجُعِل لها ، أصله إذا جَعَل لها الثلاث فقضت بواحدة .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك إن ملّكها فقضت بواحدةٍ أنه يملك رجعتها إلا أن يكون مع ذلك فداءٌ فيكون بائناً .

قال / مالك : وإن قال لها : اختاري ، فقالت : قد اخترت طلقة ، أو طلقتين ، فلاشيء لها إلا أن تختار ثلاثاً . [١٧٢/ب]

قال ابن القاسم : وكذلك إن قال لها : اختاري تطليقتين ، فاختارت واحدةً لم يقع عليها شيء ، وكذلك إن قال لها : طلقي نفسك ثلاثاً ، فقالت : قد طلقت نفسي واحدة ، لم يقع عليها شيء ، وإن خيّرها بعد البناء فقالت : خلّيت سبيلك ، ونوت واحدةً لم يقع عليها شيءٌ من الطلاق ، وإن لم تكن لها نيةٌ فهي البتات[2] .

فصل [٢ ــ فيمن قال لزوجته : اختاري اليوم كله]

قال ابن القاسم : ومن قال لزوجته : اختاري اليوم كله ، فمضى اليوم ولم تختر فلاخيار لها[3] .

قال أبو محمد وغيره : يريد في قولَي مالكٍ جميعاً ، بخلاف افتراقهما من المجلس ، لأن المجلس أخذ فيه بالاجتهاد ، فاحتمل فيه التأويل ، واليوم بالتوقيف ، فارتفع التأويل منه .

---

(١) "وجه" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٧٤،٣٧٥ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٧٥ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .

قال : وهكذا كان علماؤنا يقولون في هذه المسألة[(١)] [(٢)] .

قال الشيخ : وهو الصواب وإن كان خلاف ظاهر الكتاب ، ونص مافي الكتاب : قلت : أرأيت إن قال لها : اختاري اليوم كله ، فلم تختر حتى مضى اليوم كله؟ [(٣)]

قال : أرى أن ليس لها أن تختار إذا مضى ذلك اليوم كله ، لأن مالكاً قال : إن خيَّرها فلم تختر حتى تفرقا من مجلسهما فلاخيار لها ، فكذلك مسألتك إذا مضى الوقت الذي جعل لها الخيار إليه .

وأما قوله الآخر : فإن لها الخيار وإن مضى ذلك الوقت ، لأن مالكاً قال في الرجل يخير امرأته فيفترقان قبل أن يقضي،حتى يوقف : أو حتى يجامعها ، وقوله الأول أعجب إلي وبه آخذ ، وعليه جماعة الناس[(٤)] .

فظاهر الكتاب يبين[(٥)] أن اختلاف قول مالكٍ يدخل في الوجهين .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وكذلك إن خيَّرها ولم يوقِّت يوماً ، ثم افترقا من المجلس قبل أن تختار فلاخيار لها في قول مالكٍ الأول ، وبه أقول ، وعليه جماعة الناس وروي مثله عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه[(٦)] وغيره[(٧)] .

---

(١) "في هذه المسألة" ليست في ز .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٣١/ب .

(٣) "كله" ليست في ز .

(٤) المدونة ٢/٣٧٥ ، تهذيب الطالب ل٣١/ب .

(٥) "يبين" ليست في ز .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب ماقالوا في الرجل يخير امرأته فلاتختار حتى تقوم من مجلسها ٤/٩٢ رقم (١٨١٠٥) .

(٧) كعثمان بن عفان وعبد الله بن مسعود وعمر بن عبد العزيز ويحيى بن سعيد وربيعة وعطاء بن أبي رباح . انظر : المدونة ٢/٣٩٢ .

وقول مالكٍ الآخر : إن لها أن تختار وإن[1] مضى الوقت وتفرقا مـا لم توقـف أو توطأ[2] .

قال الشيخ : فوجه قوله الأول : أن ذلك إيجابٌ يقتضي قبولاً ، فإذا لم يحصل الجواب في الحال بطل لفظ الإيجاب كالإيجاب في البيع والنكاح .

ووجه قوله الثاني : قياساً بعتق الأمة تحت العبد ، لأنه معنىً نقل طلاقه بيدها كما نقله العتق .

[فصل ٣ ــ فيمن جعل التخيير إلى وقتٍ أو أمرٍ مستقبل]

ومن **المدونة** : قال مالك : وإن قال لها : إذا جاء غدٌ فقد خيرتك ، وُقِفت[3] الآن ، فتقضي أو ترد ، وإن وطئها قبل غدٍ فلاشيء بيدها .

وإن قال لأجنبية : يوم أتزوجك فاختاري ، فتزوجها فلها الخيار ، وإن قال لها : كلما تزوجتك فلك الخيار ، أو فأنت طالق : فالخيار لها ، والطلاق واقعٌ عليها كلما تزوجها ، وإن نكحها بعد ثلاث تطليقاتٍ لقوله : كلما ، وإن قال لامرأته : إذا قدم فلانٌ فاختاري ، فذلك لها إذا قدم فلان[4] ، ولايحال بينه وبين وطئها ، وإن وطئها الزوج بعد قدوم فلانٍ ولم تعلم المرأة بقدومه إلا بعد زمنٍ ، فلها أن تختار حين تعلم ، وإن خيرها ثم خاف أن تختار نفسها فأعطاها ألف درهمٍ على أن تختار لزمته الألف إن اختارته ، وكذلك إن شرط في عقد نكاحها أنه إن تسرّر عليها فأمرها بيدها ، ففعل ، فأرادت أن تطلق نفسها ، فقال لها : لاتفعلي ولك ألف درهم ، فرضيت بذلك ، لزمته الألف درهم[5] ، وإن خيرها فقالت : اخترت

---

(١) "إن" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٢/٣٧٨ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .

(٣) "وقفت" مكانها بياض في أ ، ب .

(٤) "فلان" ليست في ز .

(٥) "درهم" ليست في ز .

نفسي إن دخلت على ضرّتي ، فلها أن توقف فتختار ، أو تترك[1] .

وقال سحنون في المجموعة : ليس لها قضاءٌ ، لأنها أجابت بغير ماجّعل لها[2].

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران فيمن قال لزوجته : اختاري نفسك ، فقالت : اخترت نفسي وزوجي ، قال : هذا أمرٌ محتملٌ ومشكلٌ ، / والنص في إذا [١٧٣/أ] قالت : اخترت نفسي وزوجي ، أن الطلاق قد وقع عليها[3] .

قال الشيخ : الحكم في هذا : لأول قولها ، والثاني يُعدُّ ندماً منها ، فإذا قدّمت اختيار زوجها فقد[4] أسقطت ماجّعل لها في نفسها .

وفي العتبية : قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن قال لامرأته : قد خيرتك ، فقالت : قد طلقت نفسي بواحدةٍ بائنةٍ قال : ليس بشئ ، ولو كان تمليكاً كان له أن يناكرها ، وتكون واحدةً غير بائنةٍ ، وله الرجعة ، وإن لم يناكرها فهي ألبتة[5] .

قال الشيخ : وينبغي على هذا أن يكون في الخيار ألبتة أيضاً ، ويكون كمن خيرها فقضت بالبتة ، ويكون كمن قال لزوجته : أنت طالقٌ واحدةً بائنةً ، أنها طالقٌ ثلاثاً .

---

(١) انظر : المدونة ٢/٣٧٥،٣٧٦ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .

(٢) النوادر والزيادات ل٢٩٢/أ .

(٣) تهذيب الطالب ل ٣١/أ،ب .

(٤) في أ "فإذا" .

(٥) العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٢٩٤ ، تهذيب الطالب ل ٣١/ب .

فصل [٤ ــ في مناكرة الزوج لزوجته فيما قضت بالتخيير]

ومن المدونة : وإن خيرها قبل البناء فقالت : اخترت نفسي ، أو طلقت نفسي ثلاثاً ، أو قالت له : قد خليت سبيلك ، تريد الثلاث ، فله أن يناكرها ، فإن قال : لم أُرِد بذلك إلا واحدة ، صدِّق.

ـ **قال الشيخ** : يريد مع يمينه ـ .

لأن الواحدة تُبينها ، والخيار والتمليك في هذا سواءٌ ، وإن لم تكن له نيةٌ حين خيرها فهي الثلاث ولايناكرها ، وقاله ابن عمر[١] وغيره[٢] .

قال ابن حبيب : قال أصبغ : وإن اختارت واحدةً فقال هو : لم أخيرك إلا في الثلاث ، فله ذلك ، ولاشيء لها ، وكذلك لو لم تكن له نية[٣] .

قال سحنون : فإن قالت : خليت سبيلك ، ونوت واحدةً ، أو اثنتين سئل الزوج ، فإن نوى مثل ذلك فالقضاء فيه مثل ماقضت ، وإن قال : نويت ثلاثاً ، فلاشيء لها ، وكذلك إن قال : لم أنو شيئاً ، ولايمين عليه ، لأن مخرَج "اختاري" الثلاث[٤] .

ومن كتاب ابن المواز : قال مالك[٥] : وإذا أجابت المملَّكة بالظهار[٦] لم يلزمه [شيءٌ][٧] لاظهارٌ[٨] ولاغيره ، ولاظهار للنساء ، وليس لها أن توجب عليه كفارة .

---

(١) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب مايبين من التمليك ٢/٤٣٥ رقم (١١) .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٧٦،٣٧٧ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .

(٣)،(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٢٨٩/ب .

(٥) "قال مالك" ليست في أ ، ب .

(٦) في أ زيادة "واو" .

(٧) من النوادر .

(٨) "لا" ليست في ز .

قال مالك : وإذا ملَّكها فبكت وقالت : طلقني زوجي ، فأُخبرت أنه ليس بطلاقٍ فقالت : ظننته طلاقاً ، فلاشيء عليه[١] .

ابن المواز : والمملَّكة إذا فارقت المجلس ولم تقض فقالت : نويت الفراق في المجلس ، فلاينفعها ذلك إلا أن تفعل مايشبه جواب الفراق ، مثل أن تقوم من مكانها فتنقل متاعها ، أو تُخمِّر رأسها وتنتقل[٢] ، فتصدق إذا قالت : نويت بذلك الفراق، ووصلته بكلامه فهو كالجواب ، وهي واحدةٌ وله الرجعة إلا أن تقول : نويت بفعلي الثلاث ، فذلك لها إلا أن يناكرها بنيةٍ كانت له وقت القول ويحلف ، وقاله عبد الملك .

وقال أصبغ : يحلف يمينين ، يمينٌ أنه ماعلم أن مافعلته به ألبتة ولارضيه ، ويمينٌ أنه نوى واحدة .

وقال ابن المواز : يمينٌ واحدةٌ تجزئه يجمع ذلك فيها[٣] .

---

(١) المصدر نفسه ل٢٩١/ب .

(٢) "وتنتقل" ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٢٩٢/أ .

[الباب الثاني]
في التمليك ومادخل فيه من معاني التخيير

[فصل ١ ــ في معنى التمليك ومايلزم به]

روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال : "من ملَّك امرأته أمرها فلم تقبل نفسها فليس هو بشيء"[(١)] ، وقاله علي وابن عمر وأبو هريرة رضي الله عنهم وكثيرٌ من التابعين[(٢)] .

والتمليك يفارق الخيار ، لأنه إذا ملَّكها مبهمًا كان له أن يقول : ملَّكتك بعضاً دون بعض ، ويحلف على ذلك ، وكان لها أن تقضي بالبعض فيما ملَّكها منه الجميع ، والخيار أبان الله عز وجل القصد فيه فحُمِل على ماظهر من معناه .

قال[(٣)] : والتمليك قوله : أمرك بيدك ، أو طلاقك بيدك ، أو طلقي نفسك ، أو نحوه[(٤)] .

قال مالك : ومن ملَّك زوجته قبل البناء أو بعده ولانية له ، فالقضاء ماقضت ، ولامناكرة له إلا أن تكون له نيةٌ حين ملَّكها في كلامه الذي ملَّكها فيه فله ذلك ، ويحلف على مانوى[(٥)] . / [١٧٣/ب]

---

(١) أخرجه سحنون من طريق الليث وابن هيعة عن عبيد الله بن أبي جعفر عن رجلٍ من أهل حمص . انظر : المدونة ٣٩٢/٢ .
والحديث فيه عبيد الله بن أبي جعفر قال ابن حجر : من الخامسة . التقريب ٦٣٠/١ رقم (٤٢٩٦) .
فالحديث ضعيفٌ بسبب الانقطاع لعدم سماع عبيد الله بن أبي جعفر عن أحدٍ من الصحابة .

(٢) كعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وعطاء بن أبي رباح .
انظر : المدونة ٣٩٢/٢ .

(٣) القائل هو القاضي عبد الوهاب .

(٤) انظر : المعونة ٨٧٨/٢ .

(٥) انظر : المدونة ٣٧٧/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .

ابن المواز : قال أصبغ : والنية الـتي ينتفـع بهـا في هـذا مـانواه أولاً[١] في أول كلامه الذي ملكها فيه[٢] ، وأخرج التمليك عليه ، فأمـا مـاجدَّده مـن النيـة عندمـا سمعها تقضي أو بعدما ملَّكها فلاينتفع بها[٣] .

ابن المواز : ويحلف مكانه في المدخول بها ، لأن له الرجعـة مكانـه ، فـإن لم يكن بنى فلايلزمه الآن يمين ، لأنها قد بانت منه ، فإذا أراد نكاحها حلـف علـى[٤] مانوى ، ولايحلف قبل ذلك ، إذ لعله لايتزوجها[٥] .

قال عبد الوهاب : وإنما يكون له مناكرتها بثلاثة شروطٍ وهي:أن يزعـم أنـه نوى ذلك عند التمليك ، وأن يكون تمليكه إياها من غـير شـرط ، وأن يناكرهـا في الحال ، وإنما ذلك لأن ظاهر تمليكه أنه ملَّكها جميع مابيده فإذا ادعى مايخالف ذلـك لم يقبل منه إلا أن يكون نواه ، ويحلف على ذلـك فيقبـل قولـه ، لأن الطـلاق بيـده فلايخرج عنه إلا ماأقر به أنه أراده ، لأن تمليكه يحتمل ماقاله ، وإنما شرطنا أن يكون ذلك في الحال ، لأن إمساكه عنها دلالةٌ على رضاه بما قضـت ، ولـو كـان بخـلاف ماأراد لبادر بالإنكار ، وإنما شرطنا أن يكون تمليكها طوعاً لاعـن شـرط ، لأنـه إذا كان عن شرطٍ فالغرض منه تمليك مـايزيل العصمـة لانقصـان عـدد الطـلاق ببقـاء العصمة ، ولاتستفيد بشرطها شيئاً ، إذ العصمة باقية ، وذلك كالعوض في الخلـع ، لأن المقصود منه زوال العصمة وإلا لم تستفد بالعوض شيئاً[٦] .

قال الشيخ : وقد قال بعض فقهائنا : سألت أبا بكـر بـن عبـد الرحمن عـن الرجل يُملِّك زوجته فقضت بالثلاث فلم يناكرها ، هل له مناكرتها بعد المجلس على

---

(١) "أولا" ليست في ز .

(٢) "الذي ملكها فيه" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٨٩/ب .

(٤) "على" ليست في أ ، ب .

(٥) المصدر نفسه ل٢٨٩/أ .

(٦) انظر : المعونة ٨٧٩/٢ .

قوله في المملَّكة أن لها أن تقضي بالفراق بعد[١] المجلس؟ فقال : لايدخل الخلاف في المناكرة ، وسكوته التزامٌ لما قضت به ، بخلاف المملَّكة ، لأن الزوج فوَّض إليها فلابد من انتظار جوابها ، على القول الذي لم يقل به ابن القاسم[٢] .

ومن العتبية : قال ابن القاسم عن مالك فيمن قال لامرأته : أمرك بيدك ، فتقول : قد طلقت نفسي بثلاث ، فيقول : لم أُرد طلاقاً ، ثم يقول بعد ذلك : إنما أردت واحدة ، قال : يحلف على نيته وتلزمه تطليقة .

قال أصبغ : هذا وَهْمٌ عندنا من السامع لاتقبل منه نيةٌ بعد أن قال : لم أرد شيئاً ، والقضاء ماقضت المرأة[٣] من البتات[٤] .

قال عنه أشهب : ومن قال لامرأته وهو يلاعبها : أمرك بيدك ، فقالت : قد تركتك ، فقال الرجل : لم أرد طلاقاً ، ماقلت ذلك إلا لاعباً ، وقالت المرأة : مثل ذلك ، قال[٥] : أرى أن يحلف ماأراد إلا واحدة ، وتكون واحدةً وفيها شبهةٌ وماهي بالبينة .

قيل : فترى على الرجل حرجاً أن يحلف أنه إنما أراد واحدةً والله يعلم أنه ما[٦] أراد شيئاً؟

قال : لابد له من هذا ، فكيف يصنع .

فيحلف ماأراد بقوله الطلاق،وتكون واحدة[٧] .

---

(١) في أ ، ب "في" .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٣١/ب .

(٣) "المرأة" ليست في أ .

(٤) العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٢٢٧ .

(٥) أي مالك .

(٦) في أ "إنما" .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٨٩/ب .

قال الشيخ : وهذه مسألةٌ ضعيفةٌ ، والطلاق هَزلُه جِدٌّ ، والتمليك يجرُّ إلى الطلاق ، فيؤخذان بقولهما ، ويكون قولها : قد تركتك ، كقوله : قد خلَّيتك وفارقتك .

وقد قال ابن المواز فيهما : إنها واحدةٌ حتى ينوي أكثر من ذلك ، فأجعل قولها : قد تركتك ، واحدة ، ولاأجعلها أكثر ، إذ لايحلف النساء في التمليك ، والله أعلم .

[فصل ٢ ـــ في أثر الافتراق من المجلس بعد التمليك أو التخيير]

ومن المدونة : قال مالك : وإن خيَّرها ، أو ملَّكها فذلك لها مادامت في مجلسها ، فإن تفرقا فلاشيئ لها ، وقاله عمر[١] وعثمان وابن مسعود[٢] رضي الله عنهم وكثيرٌ من التابعين[٣][٤] .

ابن المواز : وكذلك إن ملَّك أمرها أجنبياً مالم يقيِّد التمليك فيقول : قد قبلت ، أو[٥] أنظر ، أو[٦] شبهه ، فلايضر الافتراق ولايزول مابيده إلا بإيقاف / [١٧٤/أ] السلطان ، أو تُمكِّنه من نفسها .

---

(١) أثر عمر سبق تخريجه ص٨١٩ .

(٢) أثر عثمان وابن مسعود أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب الخيار والتمليك ماكان في مجلسهم ٥٢٤/٦،٥٢٥ رقم (١١٩٣٨،١١٩٢٩) .

(٣) سبق ذكرهم ص٨١٩ .

(٤) انظر : المدونة ٣٧٧/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٦ .

(٥)،(٦) في ز "واو" بدل "أو" في الموضعين .

ولو قال لها الزوج : لاأفارقك حتى تُبيِّنِي فراقَك أو رَدَّك ، فليس ذلك له إلا بتوقيف السلطان ، أو ترضى هي بتركه ، أو يطؤها غيرمكرهَةٍ ، وقاله مالكٌ في العتبية[١] .

ومن المدونة : قال مالك : وإن وثب حين ملَّكها يريد قطع ذلك عنها لم ينفعه ، وحدُّ ذلك إذا قعد معها قدر مايَرى الناس أنها تختار في مثله ، ولم يقم فراراً فلاخيار لها بعد ذلك .

وقال في بابٍ بعد هذا[٢] : إذا طال المجلس وذهب عامة النهار وعُلِم أنهما قد تركا ذلك ، أو[٣] قد خرجا مما كانا فيه إلى غيره فلاقضاء لها[٤] .

ابن المواز : وقال أشهب : ذلك بيدها مأأقاما في المجلس ، واحتج بحديث عمر[٥] : ماداما في المجلس[٦] [٧] .

ومن المدونة : ثم رجع مالكٌ إلى أن ذلك بيدها حتى توقف أو توطأ ، قالت في المجلس : قد قبلت[٨] أو لم تقل ، وأخذ ابن القاسم بقوله الأول[٩] ، وعليه جُلُّ أهل العلم[١٠] .

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٥/٢١٣ ، النوادر والزيادات ل٢٨٩/ب ، ٢٩٠/أ .

(٢) وهو باب جامع التمليك .

(٣) في ز "واو" بدل "أو" .

(٤) انظر : المدونة ٢/٣٧٨، ٣٩٠، ٣٩١ ، تهذيب المدونة ص١١٦، ١١٧ .

(٥) في جميع النسخ "ابن عمر" ، وهو خطأ .

(٦) سبق تخريجه ص٨١٩ .

(٧) النوادر والزيادات ل٢٩٠/أ .

(٨) في ز زيادة "أمري" .

(٩) وهو أنه لاقضاء لها .

(١٠) انظر : المدونة ٢/٣٩١ ، تهذيب المدونة ص١١٧ .

قال أشهب في المجموعة : وإنما قال مالك : إن ذلك لها بعد المجلس ، مرة ، ثم رجع عنه إلى أن مات[١] .

قال ابن سحنون عن أبيه : ولو خيَّرها وهي في صلاة فريضةٍ فأتمتها ، أو في نافلةٍ فصلَّت أربع ركعات ، فلايقطع ذلك مابيدها ، وإن زادت على أربع ركعاتٍ حتى تبلغ من الصلاة مايُرى أنها تاركة لما جَعل لها ، وقد تستشير نفسها في أكثر من مقدار عشر ركعات .

قال : ولو خيَّرها فدعت بطعامٍ فأكلت ، أو امتشطت ، أو اختضبت في مجلسها فليس بقطعٍ لخيارها إلا أن يكون في ذلك كلامٌ غير الخيار يُستدل به على ترك ماجَعل لها مع طول المجلس والخروج عما كانا فيه[٢] .

ابن حبيب : وإذا قالت المملَّكة : عجَّل عليَّ ولم يجلس مقدار ماأختار في مثله ، أن القول قول الزوج وهي مدعيةٌ تريد فراقه[٣] .

قال بعض فقهائنا : وكذلك ينبغي لووطئها فقالت : أكرهني ، وأكذبها الزوج ، أن القول قوله وهي مدعيةٌ للإكراه ، وهي بخلاف مسألة كتاب إرخاء الستور : إذا خيرها فقالت : كنت اخترت نفسي ، وقال الزوج : لم تختر ، لأن الزوج أقر بما جَعل لها وادعى عليها ترك ذلك فلم يُقبل منه[٤] .

وإذا قالت : عجَّل عليّ ، وأنكر فقد تقاررا أن المرأة ماقضت ، والظاهر أنهما قد افترقا من مجلسهما فكانت المرأة هي المدعية على الزوج أنه عجَّل عليها ، إذ تحب استئناف فراقه بعد الوقت الذي كان لها ، وكذلك في دعواها الإكراه ، لأنها قد أقرت بالوطء الذي يزيل مابيدها ، فدعواها الإكراه لايُلتفت إليه فذلك مفترق ، والله أعلم[٥] .

---

(١)،(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٠/أ .

(٣) تهذيب الطالب ل ٣٢/ب .

(٤) والقول قولها ، انظر : المدونة ٣٤٨/٢ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٢/ب ، ٣٣/أ .

ابن المواز : ولو أرسل إلى زوجته بالتمليك أو بالخيار فلم تختر ولم تُجب حتى فارقها الرسول فقال مالك : ذلك بيدها بخلاف حضور الزوج إلا أن يطول الزمان أو يتبين من أفعالها فعل الراضية بالزوج ، لأن المشافهة من الزوج كلام ، بعضه جوابٌ لبعض ، والمرسِل أعطى من ذلك مالاينتظر له جواباً وليس للزوج أن يبدو له بعد أن أرسل إذا أرسل مُجمِعاً كالكتاب[1] .

ابن الماجشون : ومن قال لأجنبية : إذا تزوجتك فاختاري ، فلها الخيار إذا تزوجها وإن لم تقل في مجلسها قبل النكاح : قد قبلت ، ولها الخيار بعد النكاح في مجلس النكاح وفيما قَرُب منه ويبطل فيما بعُد[2] .

[فصل ٣ ـــ في ذكر بعض ألفاظ التخيير وجواب المرأة ومايلزم بذلك]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالقٌ إن شئت / فكأنه [١٧٤/ب] تفويضٌ فوَّضه إليها ، فذلك بيدها ، وإن افترقا من مجلسهما[3] مالم توطأ ، وأرى أن توقف فتقضي أو ترد ، فإن قال لها : اختاري ، أو اختاري نفسك ، فقالت : قد اخترت نفسي ، فقال : لم أرد الطلاق وإنما أردت أن تختاري أيَّ ثوبٍ أشتريه لك ، فإن تقدم كلامٌ دلّ على ذلك فذلك له ويُديَّن ، وإلا فهو البتات ، وإن خيَّرها فقالت : قد طلقت نفسي ، سئلت أي الطلاق أرادت ، فإن كان ثلاثاً لزمه ولامناكرة له ، وإن كان أقل لم يلزمه ، وإن قالت : قد فعلت ، أو قبلت أمري ، أو اخترت أمري ، سئلت ماأرادت بذلك ، فإن قالت : ماأردت به الطلاق ،

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٣/ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل٢٩٠/ب .

(٣) "من مجلسهما" ليست في ز .

صدقت فإن قالت : أردت به[١] طلاقاً دون الثلاث ، لم يلزمه ، وإن أرادت الثلاث لزم ولامناكرة له[٢] .

ابن المواز : إذا قالت : اخترت أمري ،فقال عبد الملك : لايقبل منها وإن قالت : لم أرد الطلاق ، ولو علم أنها ممن تعلم الفرق بين ذلك وبين الطلاق وقصدت ذلك لقبل منها ، ولايكاد يُفرِّق بين ذلك من الرجال إلا من تفقّه ، فرأيت مذهب[٣] عبد الملك : أنها ألبتة ، وقال أشهب : تسأل ، فإن قالت : أردت زوجي ، لم تصدق ، وكان طلاقاً إلا أن تأتي[٤] بأمرٍ يُعرف به صدقها ، وإن قالت: حتى أنظر في أمري ، فذلك مخرَج ، وإن قالت : كنت لاعبةً ، أو : لم أرد شيئاً ، دُيِّنت .

وقال أصبغ : هذا[٥] فراقٌ في[٦] التخيير والتمليك ، ولاتسأل عما أرادت ، ولاتحل له إلا بعد زوج[٧] .

ومن المدونة : وتسأل المرأة في جوابها بما لها وجهٌ يُعرف ماأرادت به في خيارٍ ، أو تمليكٍ ، إلا أنه يناكرها في التمليك خاصة إن ادعى نية ، ويحلف على مانوى ، فإن لم تكن له نيةٌ حين ملّكها فقضت بالثلاث لزمه ولامناكرة له ، فإن أجابت بألفاظٍ ظاهرة المعاني[٨] كقولها : اخترت ، أو قبلت نفسي ، أو طلقت نفسي منك ثلاثاً ، أو طلقتك ثلاثاً ، أو بِنتُ منك ، أو بِنتَ مني[٩] ، أو حرمتُ

---

(١) "به" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٣٧٩،٣٧٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٧ .

(٣) "مذهب" ليست في أ ، ب .

(٤) في أ ، ب "إلا إن لم تأت" .

(٥) أي جوابها : اخترت أمري .

(٦) "في" ليست في أ .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩١/أ .

(٨) في ز "ظاهرها هذه المعاني" .

(٩) "أو بنت مني" ليست في أ ، ب .

عليك ، أو حرمت علي ، أو برئتُ منك ، أو برئتَ مني ، أو نحو هذا فهو البتات ، ولاتسأل فيه المرأة عن نيتها في خيار ولاتمليك إلا أن للزوج أن يناكرها في التمليك على ماوصفنا[١] .

ابن المواز : وقولها : قبلت نفسي ، مثل : اخترت نفسي ، في قولهم أجمع ، إلا أشهب بغير حجة كان يقول : قبلت أمري ، وقبلت نفسي ، سواء ، لايراه طلاقا حتى توقف[٢] ولم يره مثل : اخترت نفسي[٣] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن قال لزوجته : اختاري أباك ، أو أمك فإن أراد بذلك الطلاق فهو الطلاق ، وإن لم يرد به الطلاق فلاشيئ عليه .

وقد سئل مالك عمن كانت له زوجة تكثر التردد إلى الحمَّام ، أو إلى غرفة في دار جيرانها تغزل فيها[٤] ، فقال لها : اختاريني أو اختاري الحمَّام ، أو الغرفة؟

فقال مالك : إن لم يرد بذلك طلاقا فلاشيئ عليه .

ـ قال في كتاب ابن المواز : ويحلف على ذلك[٥] ـ .

قال مالك : وإن أراد به الطلاق فهو الطلاق .

قال ابن القاسم : ومعنى قوله : إن أراد به الطلاق فهو الطلاق ، إنما ذلك إن اختارت الشيئ الذي خيرها فيه بمنزلة مالو خيرها نفسها ، وإن لم تختر ذلك فلاشيئ لها[٦] .

قال ابن المواز عن ابن القاسم : وإن أراد الطلاق فهو البتات ، لأنه خيار[٧] .

---

(١) انظر : المدونة ٣٨٨/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٧ .

(٢) في أ ، ب زيادة "واحدة" .

(٣) النوادر والزيادات ل٢٩١/ب .

(٤) "تغزل فيها" ليست في ز .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٢٩٦/ب .

(٦) انظر : المدونة ٣٨٠/٢، ٣٨١ ، تهذيب المدونة ص١١٧ .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٦/ب .

[فصل ٤ ــ فيمن قال لرجل : خير امرأتي ، ومن وطئ زوجته قبل علمها بالتخيير ومن قال لزوجته : أمرك بيدك ، وجواب ذلك ومايلزم به]

ومن المدونة : ومن قال لرجلٍ : خيِّر امرأتي ، فسمعته المرأة فاختارت نفسها قبل أن يخيرها فذلك لازمٌ إن جعله رسولاً ، وإن أراد تفويضه إليه كقوله : خيِّرها إن شئت ، أو بكلامٍ دل به على ذلك ، فلاخيار لها حتى يخيرها الرجل ، وإن شهد أنه خير امرأته ثم ذهب فوطئها قبل أن تعلم فلها الخيار إذا علمته ، ويعاقب الزوج في وطئه إياها قبل أن يعلمها ، لأن مالكاً قال فيمن شرط لامرأته إن تزوج عليها / أو تسرر فأمرها بيدها ، ثم فعل ذلك وهي لاتعلم: لم ينبغ له أن [١٧٥/أ] يطأها حتى يُعلمها فتقضي أو تترك .

قال ابن القاسم : وإن وطئها قبل أن[1] تعلم فلها الخيار إذا علمت .

قال مالك : وكذلك الأمة تعتق تحت عبدٍ فلها أن تمنعه من وطئها حتى تختار أو تترك ، فإن وطئها قبل أن تعلم فلها الخيار إذا علمت ، فإن أمكنته بعد العلم من وطئها فلاخيار لها .

وإن قال لها : أمرك بيدك ، فطلقت نفسها واحدةً فهي واحدةٌ وله الرجعة ، وإن قال لها الزوج : إنما أردت أن تطلق نفسها ثلاثاً ، أو تقيم ، فالواحدة تلزمه ، ولاقول له ، وإنما يكون للزوج مناكرتها إذا زادت على الواحدة ، أو على[2] الاثنتين ، وإن قالت : قد طلقت نفسي ألبتة ، أو اخترت نفسي ، أو قبلت نفسي ، فهي ثلاث إلا أن يناكرها مكانه ويحلف فيلزمه مانوى من واحدةٍ أو أكثر ، ولاتسأل المرأة هاهنا كم أرادت من الطلاق ، لأنها قد بيَّنت ، وليس لها أن تقول

---

(١) "أن" ليست في ز .

(٢) "على" ليست في ز .

في هذه الألفاظ : أردت دون الثلاث - يريد بعد البناء - وإن قالت : قد قبلت ، أو قبلت أمري ، أو طلقت نفسي ، سئلت عن نيتها ، فيلزم مانوت إلا أن يناكرها الزوج فيما زاد على الواحدة ، فإن جهلوا سؤالها في المجلس[1] حتى مضى شهرٌ ، أو شهران ، ثم سألوها فقالت : أردت ثلاثاً ، فللزوج مناكرتها فيما زاد على الواحدة وإن قالت : لم أرد بقولي : قبلت ، أو قبلت أمري ، طلاقاً ، صدّقت وكان لها أن تطلق نفسها الآن ، أو ترد وإن كان بعد شهرين ، لأن قبولها[2] ماجعل لها لايزيله من يدها إلا إيقافٌ من إمام ، أو تترك هي ذلك ، أو توطأ طوعاً ، وإن وُطئت كُرهاً فهي على أمرها[3] .

وقال المغيرة في المجموعة : إذا لم تشترط : أستخير ، أو أنظر ، لم يكن إلا الثلاث .

وقال عبد الملك : إذا قالت : لم أنو شيئاً بقولي : قد قبلت ، وقال الزوج : لم أنو شيئاً حين ملّكتها ، لزمته الثلاث[4] .

ومن غير المجموعة : فإذا قال لها : اختاري ، أو أمرك بيدك ، ولانية له ، فقالت : قد طلقت نفسي ، ولانية لها ، أنها طلقة ، كالزوج إذا قال لها : أنت طالق ، ولانية له أنها طالقٌ واحدةٌ ، ففي التخيير يسقط[5] ، وفي التمليك تلزمه الواحدة[6] .

ابن المواز : وإذا قالت : طلقت نفسي ، فلتسأل في التمليك : كم أرادت .

---

(١) "في المجلس" ليست في ز .
(٢) "قبولها" مكانها بياض في أ ، ب .
(٣) انظر : المدونة ٢/٣٨١-٣٨٤ ، تهذيب المدونة ص١١٧ .
(٤) النوادر والزيادات ل٢٩٠/ب .
(٥) لأن مادون الثلاث في الخيار لايلزم الزوج به شيء .
(٦) انظر : النكت والفروق ل٨٤/أ،ب .

وروي عن ابن القاسم : أنها لاتسأل ، وهي في التمليك طلقةٌ واحدةٌ ، فأما في الخيار فتُسأل في المجلس فإن قالت : واحدة ، سقط خيارها ، وإن افترقا سقط أيضاً .

ابن المواز : وأحب إلي أن تكون في التمليك طلقة ، ولاتسأل في الخيار بعد جوابها ، لأنه هو الجواب[1] .

قال الشيخ : تحصيله : إذا خيَّرها أو ملَّكها فقالت : قد طلقت نفسي ، فظاهر المدونة أنها تُسأل في المجلس وبعده : كم أرادت ، فإن قالت : واحدة ، لزم في التمليك وسقط في الخيار ، وإن قالت[2] : ثلاثاً ، لزم في الخيار وكان له مناكرتها في التمليك إن ادعى نية[3] .

وقيل : لاتُسأل في خيارٍ ولاتمليكٍ في مجلسٍ ولابعده[4] ، وهي واحدة ، وتسقط في الخيار وتلزم في التمليك .

وقيل : تسأل في الخيار في المجلس ، ولاتسأل بعده ويسقط خيارها .

[فصل ٥ ــ فيمن قال : قد ملكتك الثلاث أو اختاري في ثلاث ، ونحو ذلك]

ومن المدونة : وإن قال لها : قد ملَّكتك الثلاث ، فقالت : أنا طالقٌ ثلاثاً ، فذلك لها[5] .

قال الشيخ : يريد وإن قضت بدون الثلاث لم يلزم كالخيار .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩١/أ .

(٢) في أ ، ب زيادة "واحدة" .

(٣) انظر : المدونة ٣٧٤/٢،٣٧٨ .

(٤) "ولا" ليست في أ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٣٨٤/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٧ .

وقال ابن حبيب : قال أصبغ : إن قال لها : اختاري في ثلاث ، فاختارت واحدةً فذلك لها ، وإن قال لها : من ثلاث ، فهو / أبينه ، وإن قال : اختاري ثلاثاً، [١٧٥/ب] أو ملّكتك ثلاثاً ، ولم يقل : في ، ولا : من ، فإن اختارت أقل من الثلاث لم يلزمه شيء[١] .

قال ابن سحنون عن أبيه : وإن قال لها : اختاري في ثلاث ، أو في الثلاث ، أنها واحدةٌ ، ولها الخيار في واحدةٍ، أو اثنتين ، أو ثلاث ، ولو قال : من الثلاث، أو من ثلاث ، لم يكن لها الخيار إلا في واحدةٍ واثنتين لافي ثلاث ، ولو قال لها : أمرك بيدك ، ثلاثاً ، فليس لها إلا الثلاث ، أو الترك ، فإن قبلت واحدةً فلاشيء لها ، ثم إن قالت مكانها : فأنا أقضي بالثلاث ، إن لم تَقبل منه الواحدة فليس لها ذلك ، وإنما لها جوابٌ واحدٌ[٢] .

وفي كتاب ابن القصَّار : إذا قال لها : طلقي نفسك ثلاثاً ، فقالت : قد طلقت واحدة ، أو قال لها : طلقي نفسك واحدةً ، فقالت : قد طلقت نفسي ثلاثاً، لم يقع عليها شيءٌ من الطلاق[٣] .

ومن المدونة : وإذا قال لها : أنت طالقٌ واحدةً إن شئت ، فقالت : قد شئت ثلاثاً ، لزمته واحدة[٤] .

فهذا خلاف قول ابن القصَّار ، ووجه قول ابن القصَّار : فلأنها لم تفعل الصفة التي شرط لها .

---

(١)،(٢) النوادر والزيادات ل٢٩٢/ب .

(٣) تهذيب الطالب ل ٣٢/أ .

(٤) انظر : المدونة ٣٨٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٨ .

[فصل ٦ ـــ في تكرير التمليك ومايلزم به]

ومن المدونة : وإن قال لها : أمرك بيدك في أن تطلقي نفسك ثلاثاً ، أو قال لها : طلقي نفسك ثلاثاً ، فطلقت نفسها[1] واحدةً لم يلزمه كالخيار ، وإن ملَّكها في تطليقتين ـ يريد أو في ثلاث ـ فقضت بواحدةٍ لزمته طلقةٌ إلا أن يريد بذلك معنى الخيار في أن تطلقي اثنتين ، أو تدعي ، وإن قال لها : أمرك بيدك إذا جاء غدٌ، فذلك وقتٌ بخلاف قوله : إذا قدم فلان ، وإن قال لها : أمرك بيدك ، أمرك بيدك ، أمرك بيدك ، فطلقت نفسها ثلاثاً ، سئل الزوج ماذا أراد ، فإن نوى واحدةً حلف وكانت واحدة ، وإن أراد الثلاث فهي الثلاث ، وإن لم تكن له نيةٌ فالقضاء ماقضت من واحدةٍ فأكثر ولامناكرة له[2] .

ابن المواز : قال مالك : وإذا ملَّكها فقالت : كم ملَّكتني؟ فقال : مرةً ومرةً ومرةً ، فإن قال : أردت واحدةً ، حلف وصدِّق .

وقال ابن القاسم في المجموعة : هي ثلاثٌ إذا اختارت نفسها ولامناكرة له كالقائل : قد طلقتك مرةً ومرةً ومرةً[3] .

قال الشيخ : وهذا أبين .

ومن المدونة : وإن قال لها : أمرك بيدك ، وأراد ثلاثاً ، فطلقت نفسها واحدةً فذلك لها وتلزمه طلقةٌ وله الرجعة ، وإن قال لها : أمرك بيدك ، وكرر ذلك ثلاثاً ، ينوي بالتكرار ثلاثاً ، فقالت : قد طلقت نفسي واحدةً ، أو[4] ملَّكها أمرها مرةً ونوى الثلاث ، أو[5] لانية له حين ملَّكها فقضت بتطليقةٍ أنها واحدةٌ وله الرجعة[6] .

---

(١) "نفسها" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٨٥،٣٨٦ ، تهذيب المدونة ص١١٧ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٣/أ .

(٤)،(٥) في أ "واو" بدل "أو" في الموضعين .

(٦) انظر : المدونة ٢/٣٨٥ ، تهذيب المدونة ص١١٧ .

وفي المجموعة : إذا قال : قد ملّكتك ، وقد ملّكتك ، وقد ملكتك ، فقضت بالثلاث فهي ثلاث ، ولاينوِّى ، وإن قضت بدون الثلاث فهو ماقضت به ، وكذلك إذا قال : قد ملكتك مرةً ومرةً ومرةً ، فاختارت نفسها فهي ثلاثٌ ولامناكرة له ، كالقائل : قد طلقتك مرةً ومرةً ومرةً[١] .

قال مالك : وإن ملّكها ولانية له فقالت : قد حرّمت نفسي ، أو أبنت نفسي ، فهي الثلاث ، وإن قال لها : أمرك بيدك ، ثم قال لها أيضاً قبل أن تقضي ، أمرك بيدك على ألف درهم ، فلها القضاء بالقول الأول بلاغُرم ، وقوله الثاني ندمٌ منه ، كقول مالكٍ فيمن قال لزوجته : إن أذنت لك إلى أُمِّك فأنت طالقٌ ألبتة ، ثم قال لها بعد ذلك : إن أذنت لك إليها إلا أن يقضي علي به سلطانٌ فأنت طالقٌ ثلاثاً ، قال مالك : يلزمه قوله الأول ، والثاني ندمٌ منه[٢] .

قال الشيخ : وحكي لنا عن بعض فقهائنا القرويين في الذي قال لامرأته : أمرك بيدك ، ثم قال لها : أمرك بيدك على ألف درهم ، فقضت بالثلاث ، فإن ناكرها الزوج فقال لها : أردت بالكلام الثاني الأول ، وحلف على ذلك لزمته واحدة ، فإن أرادت المرأة ودت[٣] الألف ، وبانت منه ، لأنها طلقةٌ بمالٍ ، وإن لم ترد دفع / الألف فهي واحدة ، وللزوج الرجعة ، ولو قال : أردت بالكلام الثاني [١٧٦/أ] غير الأول ، فناكرها في الأول لما قضت بالثلاث ، فكانت واحدة ، فإن أرادت المرأة أن تؤدي الألف وتأخذه بقوله الثاني[٤] فذلك لها وتلزم طلقتان وتبين منه ، لأنها طلقت على مالٍ وإن لم ترد أن تدفع الألف فهي طلقةٌ وله الرجعة ، وهذا بيّنٌ إذا قال الكلام الثاني بفور الأول ، وأما بعد طُولٍ فلايقبل منه[٥] أنه أراد بالكلام

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٩٣/أ .

(٢) انظر : المدونة ٣٨٦/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٧ .

(٣) "ودت" مكانها بياض في أ .

(٤) وهو قوله : أردت بالثاني غير الأول .

(٥) "منه" ليست في أ ، ب .

الثاني الأول ، والثاني تمليكٌ مستأنف ، وتلزمه طلقتان إن دفعت الألف وتملك نفسها إذا لم يفترقا من المجلس ، وأما إن افترقا ولم تقض في الأول فالثاني تمليكٌ مستأنفٌ في قوله الأول ، ولها[١] أن تقضي فيهما في الثاني وتكون طلقتان إن دفعت الألف وتملك نفسها[٢] .

وإن ملّكها قبل البناء أو بعده فقالت : قد خليت سبيلك ، فإن نوت بذلك واحدةً أو اثنتين أو ثلاثاً لزمه ذلك إلا أن يناكرها فيما زاد على الواحدة ويحلف إن ادعى نية ، وإن لم تنو شيئاً فهي الثلاث إلا أن تكون للزوج نيةٌ فله مانوى مع يمينه[٣] .

قال ابن وهب : وروى مالكٌ وغيره : أن رجلاً من ثقيف ملّك امرأته نفسها فقالت : قد فارقتك[٤] ، [٥] فسكت ، ثم قالت : قد فارقتك ، فقال : بِفِيكِ الحجر ، ثم قالت : قد فارقتك ، فقال : بِفِيكِ الحجر ، فاختصما إلى مروان[٦] فاستحلفه ماملّكها إلا واحدة ، وردها إليه[٧] .

---

(١) "ولها" مكانها بياض في أ ، ب .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٢/ب .

(٣) انظر : المدونة ٣٨٦/٢، ٣٨٧ ، تهذيب المدونة ص١١٧ .

(٤) في الموطأ : "أنت الطلاق" .

(٥) في أ ، ب زيادة : "فقال : بفيك الحجر" .

(٦) هو مروان بن الحكم بن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس القرشي الأموي ، من كبار التابعين ، كان كاتب ابن عمه عثمان ، وإليه الخاتم ، وأجلبوا بسببه على عثمان ، ولي المدينة غير مرةٍ لمعاوية ، ثم ولي الشام ومصر تسعة أشهر ، كان ذا شهامةٍ وشجاعةٍ ومكرٍ ودهاء . توفي سنة ٦٥هـ .
انظر : الطبقات ٢٦/٥ ، سير أعلام النبلاء ٣/٥ .

(٧) أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب مايجب فيه تطليقة واحدة من التمليك ٤٣٥/٢ رقم (١٣) .

قـال مـالك : وكـان القاسـم بـن محمـد يعجبـه هـذا القضـاء ويـراه أحســن ماسمع[١].

فصل [٧ ـ فيمن ملَّك أمر زوجته رجلين]

قال ابن القاسم : ومن ملَّك أمـر زوجتـه رجلـين وقـال لهمـا : أمـر زوجـتي إليكما ، أو بأيديكما ، لم يجز طلاق أحدهما دون الآخر ، ورواه ابن وهب وعلـي وأشهب[٢] عن مالك[٣] .

قـال ابـن القاسـم : إلا أن يكونـا رسـولين فيـلزم الـزوج مـاطلق أحدهمـا ، وكذلك الوكيلان في البيع أو الشراء لايلزم فعل أحدهما إلا باجتماعهما[٤] .

ومن العتبية : قال ابن القاسم : وإن قال : طلِّقا امرأتي ، فأيهما طلــق جـاز طلاقه ، لأنهما رسولان ، وإن طلقا بالبتة فقال الزوج : لم أرد إلا واحدة ، صــدِّق، وإن قال في ذلك : إن شئتما ، لم يجز إلا باجتماعهما[٥] .

قال ابن حبيـب : قـال أصبـغ في قولـه : طلقـا امرأتـي : فهـو[٦] علـى وجـه التمليك حتى يريد الرسالة ، فإذا أرادها وقع الطلاق بقوله وإن لم يخبراها به .

وقال ابن القاسم : هو على وجـه[٧] الرسـالة حتـى يريـد التمليـك ويقـول : لايقع الطلاق في الرسالة حتى يبلِّغاها .

---

(١) وقال مالك أيضاً : وهذا أحسن ماسمعت في ذلك وأحبه إلي .
انظر : المصدر نفسه ٤٣٥/٢ ، المدونة ٣٨٨/٢،٣٨٩ .

(٢) "وعلي وأشهب" ليست في أ ، ب .

(٣)،(٤) انظر : المصدر نفسه ٣٨٧/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٧،١١٨ .

(٥) وإلا فلا أمر لهما فيه .
انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٨٥/٥،٢٨٦ ، النوادر والزيادات ل٢٩٥/أ .

(٦) "فهو" ليست في أ ، ب .

(٧) "وجه" ليست في ز .

قال أشهب فيمن جعل أمر امرأته بيد رجلين فطلق عليه أحدهما بالبتة والآخر بالواحدة قال : لاشيء عليه .

وقال ابن الماجشون : تلزمه واحدة ، وهو أحب إلينا ، وقاله مطرف[١] وأصبغ[٢] .

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن ملَّك أمر امرأته ثلاثة رجال فطلقها واحدٌ واحدة ، والثاني اثنتين ، والثالث ثلاثاً : فإنما تلزمه واحدةٌ لاجتماعهم عليها[٣] .

[فصل ٨ ــ في تمليك الأمة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن كان حرٌ على أمةٍ فملَّكها ولانية له ، أو نوى الثلاث ، فقضت بالثلاث فهي الثلاث ، لأن طلاق[٤] الحر الأمة ثلاث ، ولو كان عبداً لزمته طلقتان ، لأن ذلك جميع (٥ طلاقه[٦] .

فصل [٩ ــ فيمن نوى التمليك بقوله : حياك الله]

قلت : فمن قال لامرأته : حيَّاك الله ، يريد بذلك ٥) التمليك ، أو قال لها : لامرحباً بك ، يريد بذلك الإيلاء أو الظهار؟

قال : قال مالك : كل كلامٍ ينوي به الطلاق فهو طلاق ، فكذلك هذا[٧] .

---

(١) "مطرف" ليست في ز .

(٢)،(٣) المصدر نفسه ل٢٩٥/أ،ب .

(٤) "لأن طلاق" مكانها بياض في أ ، ب .

(٥) ساقط من أ ، ب .

(٦)،(٧) انظر : المدونة ٢/٣٨٨ ، تهذيب المدونة ص١١٨ .

[الباب الثالث]
جامع التمليك والتخيير
وذكر الأجل والشرط فيه / [١٧٦/]

[فصل ١ ـ جامع التمليك والتخيير
وذكر الأجل وغير ذلك]

قال مالك : وإن قال لها : طلقي نفسك ، أو طلاقك بيدك ، فذلك كالتمليك إن قضت بالبتات ، أو طلقت نفسها ثلاثاً ، وقال الزوج : أردت واحدةً، فالقول قوله إذا رد ذلك عليها مكانه ويحلف ، وإلا فالقضاء ماقضت ، ولو قال لها: طلقي نفسك .

فقالت له : اخترت نفسي ، أو حرمت نفسي ، أو برئت منك ، أو أنا بائنةٌ منك ، فذلك كله ثلاثٌ إن لم يناكرها في مجلسه ، وله مناكرتها فيما زاد على الواحدة إن ادعى نيةً ويحلف ، ولو قال لها : أنت طالقٌ ثلاثاً إن شئت ، فذلك كالخيار لاتلزمه الواحدة إن قضت بها ، وإن قال لها : أنت طالقٌ واحدةً إن شئت ، فقالت : قد شئت ثلاثاً ، لزمته الواحدة ، وإن قال لها : أنت طالق كلما شئت ، فلها أن تقضي مرةً بعد مرة ، ولايزول مابيدها إلا أن ترد ذلك ، أو توطأ طوعاً أو توقف فلاقضاء لها بعد ذلك[٢] .

قال ابن المواز : وإن قال لها : طلقي نفسك متى شئت ، فلها أن تطلق نفسها[٣] متى شاءت مرةً واحدةً في المجلس أو بعده ، وله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة ، وإن قال لها : ماشئت ، وكم شئت ، فإنما لها ذلك في المجلس خاصة

---

(١) في أ ، ب زيادة "جامع" .
(٢) انظر : المدونة ٣٨٨/٢، ٣٨٩ ، تهذيب المدونة ص١١٨ .
(٣) "نفسها" ليست في أ ، ب .

تطلق نفسها متى[1] شاءت وكم أرادت في المجلس لافي غيره ، وليس له أن يناكرها[2] .

قال الشيخ : فهذه ثلاثة أوجهٍ حكمها مفترق ، وإن ملَّكها إلى أجلٍ فلها أن تقضي مكانها .

قال مالك : وإن قال لها : أمرك بيدك إلى سنة ، فإنها توقف متى ماعلم بذلك ولاتترك تحته ، وأمرها بيدها حتى توقف فتقضي أو ترد[3] .

قال ابن القاسم : وكذلك إن قال لها : إذا أعطيتني ألف درهمٍ فأنت طالق ، فإنها توقف الآن فتقضي أو ترد إلا أن يطأها في الوجهين طائعةً فيزول مابيدها ولاتوقف[4] .

قال ابن حبيب : قال أصبغ : إذا جعل أمرها بيدها إلى أجل ، أو بيد غيرها فلايقطع ذلك وطؤه إياها ، وإن جعله إلى غير أجلٍ فوطؤه يقطعه وافتراق المجلس .

وقال ابن الماجشون : وإن جعله بيد غيرها فلايقطعه الوطء وإن علم به ، وبه أقول[5] .

ومن المدونة : وإن قال لها : أنت طالقٌ غداً إن شئت ، فقالت : أنا طالقٌ الساعة ، أو قال لها : أنت طالقٌ الساعة إن شئت ، فقالت : أنا طالقٌ غداً ، وقع الطلاق فيهما جميعاً الساعة .

قال مالك : ومن ملَّك امرأته أمرها فقضت بالطلاق إلى أجلٍ فهي طالقٌ مكانها ، وإن قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فردت ذلك فلارَدَّ لها ، لأن هذا يمينٌ متى دخلت وقع الطلاق ، بخلاف قوله : أنت طالقٌ كلما شئت ، لأن هذا

---

(١) في أ ، ب "بما" .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٢/ب .

(٣)،(٤) انظر : المدونة ٣٩٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٨ .

(٥) النوادر والزيادات ل٢٩٥/أ .

غير يمين ، وهو من وجه التمليك ، وإن قال لها : أمرك بيدك ، ثم قال لها : أنت طالق ، فإن قضت بواحدةٍ لزمته طلقتان ، وإن قضت بالثلاث فله أن يناكرها إن كانت له نيةٌ أنه ماملّكها إلا واحدة ، وتكون اثنتين ، وإن خيّرها ، أو ملّكها فلم تقض حتى طلقها ثلاثاً أو واحدةً ثم نكحها بعد زوجٍ أو بعد عدتها من الطلقة فلاقضاء لها ، لأن هذا ملكٌ مستأنف ، ولايُنظر هٰهنا إلى مابقي من طلاق الملك الأول ، إذ ليست بيمينٍ انعقدت عليه .

قال الشيخ : ويُعدُّ رضاها بنكاحه قطعاً لما جَعل لها كالوطء في الملك .

قال مالك : وإذا ملّكها أمرها أو ملّك أمرها أجنبياً ثم بدا له ، فليس ذلك له ، والأمر إليهما ، فإن قاما من المجلس قبل أن يقضيا ـ أعني[1] المرأة أو الأجنبي ـ فلاشيء لهما بعد ذلك المجلس في قول مالكٍ الأول ، وبه آخذ .

ابن القاسم : ولهما ذلك في قول مالكٍ الآخر مالم يوقفا ، أو توطأ الزوجة ، وإن خلّى هذا الأجنبي بينها وبين زوجها وأمكنه منها زال مابيده من أمرها ، وإن جعل أمرها بيد رجلٍ يطلق متى شاء فلم يطلق حتى وطئها الزوج / زال مابيد [١٧٧/أ] الرجل[2] .

قال ابن المواز : إلا أن يطأها بغير رضاه وعلمه .

قال الشيخ : وحكي عن أبي محمد : إذا ملّك المدخول بها ثم طلقها في المجلس طلقةً فلها أن تقضي مادإما في المجلس في قول مالكٍ الأول ، ولها أن تقضي في قوله الآخر مالم توقف أو يرتجعها ، فتتركه يطؤها إلا أن تنقضي العدة قبل ذلك وإن هي قيدت الخيار بلفظٍ كقولها : قبلت أمري ، فلها أن تقضي في القولين مالم توقف ، أو توطأ ، أو تنقضي العدة ، قال : وهذا معنى مسألة الكتاب[3] .

---

(١) "أعني" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٣٨٩/٢-٣٩١ ، تهذيب المدونة ص١١٨ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٤/ب .

وحكي عن أبي عمران أنه قال : إذا ملَّكها ثم طلقها واحدةً فانقضت عدتها قبل أن تقضي ، ثم تزوجها بعد ذلك لم يكن لها أن تقضي ، وإنما كان ذلك لأنه هو لو طلقها بعد انقضاء عدتها لم يلزمه ، لأنها قد ملَكت نفسها فلاتكون هي أقوى منه حالاً ، وسواءٌ قيدت ذلك بقولها : قبلت ، أو لم تقيده .

قال : ولو ملَّكها ثم خالعها قبل أن تقضي ثم تزوجها في العدة لم يكن لها أن تقضي ، لأنها قد ملكت نفسها بالخلع فلايراعي العدة كما لو طلقها بعد الخلع في العدة لم يقع عليها شيءٌ فلاتكون هي أقوى حالاً منه في إيقاع[1] الطلاق[2] .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فإن لم يطأ الزوج حتى مرض فطلقها الوكيل في مرض الزوج لزمه الطلاق وترثه ، لأن مالكاً قال في التي تفتدي من زوجها في مرضه : إنها ترثه ، والتي قال لها في صحته : إن دخلت دار فلانٍ فأنت طالقٌ ألبتة ، فدخلتها وهو مريضٌ أنها ترثه[3] .

قال ابن المواز : ومن ملَّك رجلاً فملَّك الرجل غيره وطلق ، فذلك غير لازم ، وكذلك لايوصي به إلى غيره .

وقد قال ابن القاسم في التي جعل أمرها بيد أمِّها إن غاب،فماتت الأم[4] ، فإن أوصت الأم بذلك بعينه إلى أحدٍ فذلك له ، وإن لم توص به إلى أحدٍ فذلك للابنة فيما رأيت من قول مالك .

وقال أشهب وابن عبد الحكم وأصبغ : ليس لها أن توصي به إلى أحد[5] ، والشرط ساقطٌ يوم ماتت الأم[6] .

---

(١) في أ ، ب "حال" .

(٢) المصدر نفسه ل٣٤/ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٣٩١ ، تهذيب المدونة ص١١٨ .

(٤) "الأم" ليست في ز .

(٥) "إلى أحد" ليست في ز .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٢٩٤/أ .

ومسألة الأم في كتاب بيع[١] الخيار من المدونة[٢] .

[فصل ٢ ــ شرط التمليك في عقد النكاح أو بعده]

ومن المدونة : وإن شرط لها في عقد النكاح إن تـزوج عليها فأمرها بيدها فتزوج فقضت بالثلاث فلامناكرة له وذلك لازم[٣] [٤] .

قال في كتاب الأيمان بالطلاق : بنى بها أم لا[٥] .

قال الشيخ : ولو قالت : اشـهدوا متى مـافعل زوجي ذلك فقد اخترت نفسي ، فذلك يلزمه ، قاله مالك ، وقيل : لايلزمه ، والأول أصوب[٦] .

ومن المدونة : وإن طلقت نفسها واحدة وقد بنى بهـا فلـه الرجعـة ، وإن لم يبن بها بانت بالواحدة ، وإن طلقت واحـدة ولم توقـف فليـس لها أن تزيـد عليها كالتي توقف فتطلق واحدة فقد تركت مـازاد عليهـا ، ولـو نكـح عليهـا امـرأة فلـم تقض فلها أن تقضي إن نكح عليها ثانية أي الطلاق شاءت ، وتحلف مـارضيت إلا بالأولى وماتركت الذي لها ، ولو طلق الأولى ثم راجعها بنكاح فللمملكة القضاء ، وليس رضاها بها أولا بلازم لها مرة أخرى .

---

(١) "بيع" ليست في ز .

(٢) وهي أن مالكاً سئل عن رجل تزوج امرأة وشرطت عليه أمها : إن تـزوج عليهـا أو تسـرّى أو خرج بها من بلدها فأمرها بيد أمها ، فماتت الأم ، أترى ماكان بيد الأم من ذلك قد انفسخ؟ قال مالك : إن كانت أوصت بما كان لها من ذلك إلى أحد فذلك إلى من أوصت إليه بذلك . انظر : المدونة ١٧٤/٤ .

(٣) "وذلك لازم" ليست في ز .

(٤) انظر : المصدر نفسه ٣٩٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٨ .

(٥) انظر : المدونة ٢١/٣، ٢٢ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٤/أ .

ومن كتاب التخيير : قال ابن القاسم : وإن كان تبرّع[(١)] بهذا الشرط بعد العقد فله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة إن ادعى نيةً ويحلف[(٢)] .

قال ابن المواز : وإن شرط في عقد نكاحها إن تزوج عليها فأمر التي يتزوج بيد الأولى فتزوج فقضت بالثلاث فناكرها ، فإن كان بعد بنائه بالثانية فلامناكرة له وإن كان قبل بنائه فله أن يناكرها .

قال سحنون : وروى بعض / أصحابنا عن ابن القاسم فيمن شرط لامرأته [١٧٧/ب] إن تزوج عليها فأمر الجديدة بيدها ، فتزوج عليها سراً ولم تعلم حتى طلق القديمة قال : لها أن تقضي ، وقال سحنون : إن كان طلاقه إياها بائناً فلاشيء لها ، وإن كان غير بائن فلها أن تقضي[(٣)] .

ومن العتبية : روى عيسى عن ابن القاسم فيمن شرط لزوجته إن تزوجت عليك فأمرها[(٤)] بيدك ، أو قال لها : بيد أبيك ، فلم تقض هي أو الأب شهراً ، ثم أراد من ذلك بيده أن تقضي قال : إن أشهد أن ذلك بيده ينظر فيه فذلك له ما لم يدخل بالجديدة فلاشيء لهما ، وإن لم يُشهد حتى نكح الثانية فقد زال مابأيديهما[(٥)].

قال ابن المواز : وإذا كان لها شرط تمليكٍ إن تسرر أو تزوج عليها فأذنت له فقال مالك وابن القاسم وأصبغ : ذلك جائزٌ له ، وقال أشهب : لايجوز ، فإن فعل فأمرها بيدها إلا أن يكون في الشرط : إلا أن يتزوج بإذنها .

ابن المواز : ومن حجته أنها أذنت فيما لم تملكه[(٦)] .

---

(١) "تبرع" مكانها بياض في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٣٩١/٢، ٣٩٢ ، تهذيب المدونة ص١١٨ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٢٨٣/ب .

(٤) في ز "فأمرك" ، وهو تحريف .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٢٨٤/أ .

(٦) وقال : وقول أشهب حسن . انظر : المصدر نفسه ل٢٨٦/ب .

قال الشيخ : كتسليم الشفعة قبل الشراء .

قال ابن المواز : وإن أعطته مالاً على أن يطلقها ثلاثاً فطلقها واحدةً ، أو على أن يُمَلِّكها ففعل فقضت بواحدةٍ فالمال له وهي لازمةٌ له واحدةٌ بائن ، ولاحجة لها ، إذ نالت بها مانالت[1] بالثلاث ، وإن أعطته مالاً على أن يخيرها ففعل فقضت بالثلاث فله أن يناكرها مادام في المجلس[2] .

قال الشيخ : لأن الواحدة تُبينها ، لأنه كالفِدا ، فهي كالتي لم يدخل بها .

---

(١) "نالت بها مانالت" مكانها بياض في أ ، و"بها مانالت" مكانها بياض في ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل٢٩٥/ب .

[الباب الرابع]
جامع القول في الحرام وألبتة والبرية والخلية والبائن[١] ومايلزم من معاني الطلاق وفيمن قال : اعتدي ، أو كرر الطلاق ، أو أراد أن يحلف فصمت بعد ذكر الطلاق ، أو خاطب زوجته بما ليس من ألفاظ الطلاق ونيته في ذلك الطلاق وذكر الطلاق بالقلب[٢]

[فصل ١ ــ في أن الطلاق بلفظ الحرام وألبتة ثلاث]

وسمى الله سبحانه الطلاق[٣] بغير اسم ، فقال : ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[٤] ، وقال : ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ﴾[٥] ، وقال : ﴿أَوْ سَرِّحُوهُنَّ﴾[٦] ، فكل ماقارب ذلك من ألفاظ الطلاق فله حكمه .

وقال الرسول عليه الصلاة والسلام : "من بتَّ امرأته فلاتحل له حتى تنكح زوجًا غيره"[٧] .

---

(١) "والبائن" ليست في ز .

(٢) في ز جعل عنواناً لباب آخر .

(٣) "الطلاق" ليست في أ ، ب .

(٤) سورة الطلاق : آية ١ .

(٥) سورة الطلاق : آية ٢ .

(٦) سورة البقرة : آية ٢٣١ .

(٧) هذا الحديث لم أعثر عليه إلا في المدونة ، فقد أخرجه سحنون عن مسلمة بن علي عن محمد ابن الوليد الزبيدي عن ابن شهاب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم .
انظر : المدونة ٢/٤٠٣ .
والحديث ضعيف لأنه مرسل .

وقال عمر وابن عمر وابن عباس وعائشة[١] وغيرهم من الصحابة والتابعين[٢] [٣] : إن ألبتة كالثلاث[٤] .

قال علي بن أبي طالب : ويعاقب من طلق ألبتة[٥] .

وقال عمر وعلي وابن عمر[٦] في الحرام : إنها ثلاث[٧] ، وكذلك قال علي وابن عمر في البائن والخليَّة والبريَّة[٨] .

قال زيد بن أسلم في قول الله تعالى : ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾[٩] : إنما سبب ذلك أنه صلى الله عليه وسلم حلف بالله أن لايطأ أمّ ولده

---

(١) "عائشة" ليست في ز .

(٢) "وغيرهم من الصحابة والتابعين" ليست في ز .

(٣) فمن الصحابة : علي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وأبو هريرة .
انظر : المصنف لابن أبي شيبة ٤/٩٤،٩٦ رقم (١٨١٢٧،١٨١٤٣،١٨١٣٥) .
ومن التابعين : القاسم بن محمد وابن شهاب وربيعة ومكحول .
انظر : المدونة ٢/٤٠٤ .

(٤) أخرجها ابن أبي شيبة ،كتاب الطلاق ، باب ماقالوا في الرجل يطلق امرأته ألبتة ٤/٩٤،٩٥ رقم (١٨١٢٨،١٨١٣٥) .

(٥) أخرجه في المدونة ٢/٤٠٤ .

(٦) "ابن عمر" ليست في ز .

(٧) أثر عمر وابن عمر أخرجهما البيهقي ، كتاب الخلع والطلاق ، باب من قال في الكنايات إنها ثلاث ٧/٥٦٤،٥٧٦ رقم (١٥٠٦٨،١٥٠١٩) .
وأثر علي أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الخلية والبرية وأشباه ذلك ٢/٤٣٤ رقم (٦) .

(٨) أي إنها ثلاث ، أخرجهما سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب ألبتة والخلية والحرام ١/٣٨٥ رقم (١٦٧٨،١٦٧٩) .

(٩) سورة التحريم : آية ١ .

إبراهيم واسمها مَارية القِبطية[١] ، ثم قال بعد ذلك : هي عليَّ حرامٌ ، فأمره الله سبحانه أن يكفِّر بقوله تعالى : ﴿قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ﴾[٢] ، فكانت كفارته ليمينه لالتحريمه[٣] .

والطلاق من حدود الله سبحانه ومما يُرهَب أن يُتعدى فيه حدود الله[٤] ، وقد جاء أن هَزلَه جِدٌّ[٥] .

قال مالك : ومن قال لزوجته قبل البناء أو بعده : أنت علي حرام ، فهي ثلاثٌ ، ولاينوَّى في المدخول بها ، وله نيته في غير / المدخول بها في واحدةٍ فأكثر منها[٦] . [١٧٨/أ]

قال الشيخ : لأنها تبين منه وتحرم عليه بالواحدة ، وأما المدخول بها فلاتحرم أو تبين إلا بالثلاث إلا في طلقةٍ[٧] يكون معها فداء ، فذلك فرَّق بين المدخول بها وغير المدخول بها .

---

(١) هي مارية بنت شَمعون القِبطية ، أم ولد لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، أهداها له المقوقس القِبطي صاحب الاسكندرية سنة سبع من الهجرة ، ماتت في خلافة عمر سنة ١٦هـ ، فصلى عليها عمر ودفنها بالبقيع .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٣٩٦/٤ ، الإصابة ٣٩١/٤ .

(٢) سورة التحريم : آية ٢ .

(٣) أخرجه في المدونة ٣٩٥/٢ وهو مرسل لأن زيد بن أسلم من الطبقة الثالثة . انظر : التقريب ٣٢٦/١ رقم (٢١٢٣) ، لكنه ورد من طرق أخرى كثيرة ، فأخرجه الدارقطني ، كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره ٤١/٤، ٤٢ رقم (١٢٢، ١٢٣) ، والحاكم ، كتاب التفسير ، تفسير سورة التحريم ٥٣٥/٢ رقم (٣٨٢٤) وصححه ، ووافقه الذهبي على شرط مسلم ، وصححه ابن حجر في تلخيص الحبير ٢٠٨/٣ رقم (١٥٩٥) .

(٤) وقد قال الله تعالى بعد ذكر بعض أحكام الطلاق : ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ ٱللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ ٱلظَّالِمُونَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٢٩ .

(٥) يشير إلى حديث "ثلاثٌ جِدُّهن وهَزلهن جِد" الحديث ، وقد سبق تخريجه ص١٣٣ .

(٦) انظر : المدونة ٣٩٣/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٨ .

(٧) "في طلقة" مكانها بياض في أ ، ب .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : لم أُرِد بذلك الطلاق وإنما أردت الظهار ، لم يصدَّق[1] [2] .

قال الشيخ : وهذا لما قدمنا في كتاب الظهار أن مكاني الطلاق لاتكون ظهاراً وإن نوى به الظهار ، والحجة في ذلك في كتاب الظهار[3] .

فصل [٢ ــ في الطلاق بألفاظ التحريم وبألبتة]

ومن المدونة : قال مالك : وإن قال : كل حلالٍ علي حرام ، ونوى عموم التحريم فلايلزمه شيءٌ إلا في زوجاته ، نَواهنَّ حين تكلم بذلك أم لا ، ويَبِنَّ منه إلا أن يُحاشيهن بقلبه أو بلسانه فيكون ذلك له وينوّى ، ولاشيء عليه في غيرهن[4] مما حرم عليه من ماله ، أو أمهات أولاده ، أو لبس ثوبٍ ، أو طعامٍ ، أو غيره ، قال : ولاتلزمه في ذلك كفارة يمين[5] ، قال ابن القاسم : وإن نوى به اليمين .

وقال ربيعة : من قال : الحلال علي حرام ، فهو يمينٌ إذا حلف أنه لم يرد بها امرأته ، ولو أفردها كانت طالقاً ألبتة ، وقاله ابن شهاب إلا أنه لم يَجعل فيها يميناً ، وقال : يُنكَّل على أيمان اللَّبْس[6] .

قال الشيخ : وقوله : إلا أنه لم يجعل فيها يميناً ، يريد والله أعلم أنه لايُجعل فيها كفارة يمين ، لاأنه لايحلف ، لأن من أصل ابن شهابٍ أن يحلَّف في مثل هذا .

وروي نحوه عن أبي عمران قال : ورواه أشهب عن مالك[7] .

---

(١) "لم يصدق" ليست في ز .
(٢) انظر : المدونة ٣٩٣/٢ .
(٣) انظر ص٧٦٠ .
(٤) "في غيرهن" ليست في ز .
(٥) "يمين" ليست في ز .
(٦) انظر : المصدر نفسه ٣٩٣/٢-٣٩٥ ، تهذيب المدونة ص١١٨ .
(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٤/ب .

قال الشيخ : فمذهب مالكٍ في المدونة في القائل[١] : الحلال عليّ حرامٌ ، أن الزوجة داخلةٌ حتى يخرجها بقلبه أو بلسانه[٢] .

ومذهب ربيعة وابن شهاب : أنها خارجةٌ حتى يدخلها بنيته ، غير أن ربيعة يحلّفه ، فإذا حلف جعل عليه كفارة يمين ، ورواه أشهب عن مالك[٣] ، وابن شهاب يحلّفه ولايجعل عليه كفارة يمين ، ولمالكٍ نحوه .

قال ابن حبيب : قال أصبغ : إذا قال : الحلال علي حرامٌ ، أو حرامٌ علي كل ماأحل الله ، أو كل ماانقلب إليه حرام ، أو انقلب إلى حرام ، فذلك كله تحريم ، إلا أن يحاشي امرأته ، وأما قوله : عليّ حرامٌ ، فلاشيءَ عليه[٤] .

قال الشيخ : إلا أن يقصد بذلك زوجته .

قال الشيخ : وأما القائل : كل ماأعيش فيه حرام ، ولانية له فقد قال ابن المواز : لاشيءَ عليه[٥] .

قال بعض فقهائنا : وأعرف فيها قولاً آخر : أن زوجته تحرم عليه ، كالقائل: الحلال علي حرامٌ ، وأظنّه في السليمانية .

وقيل لأبي عمران : إن الناس يقصدون بذلك تحريم الزوجة؟ فقال : إذا صار ذلك عادةً لهم لزم به الطلاق[٦] .

قال أبو عمران : وإذا قال لزوجته : ياحرام ، فقال محمد بن عبد الحكم : لاشيءَ عليه ، ولانص فيها لغيره ، وذلك إذا كان في بلدٍ لايريدون به الطلاق ، وهو كقوله : إنك سحتٌ وحرامٌ ، وهو كقوله ذلك لماله[٧] .

---

(١) "القائل" ليست في ز .

(٢) كما تقدم قريباً .

(٣) "ورواه أشهب عن مالك" ليست في ز .

(٤)،(٥) النوادر والزيادات ل٣٢٠/ب .

(٦)،(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٥/أ .

قال ابن المواز : قال أشهب عن مالكٍ فيمن قال لزوجته : رأسي من رأسك حرام ، قال : يلزمه الطلاق[1] .

قال عيسى عن ابن القاسم في العتبية : إذا قال لها : وجهي من وجهك حرام، قال : فهي ألبتة[2] .

قال ابن القاسم : وإن قال لزوجته : قد حرمتك علي ، أو حرمت نفسي عليك ، فهو سواء .

قال ابن القاسم : قال مالك : وكذلك : طلقتك ، وأنا طالقٌ منك ، سواءٌ ، وهي طالقٌ ، وإن قال لها : أنت علي حرام ، ثم قال : لم أرد بذلك الطلاق وإنما أردت الكذب ، أردت أن أخبرها أنها حرامٌ وليست بحرام ، فإن التحريم يلزمه ولايُنوّى[3] .

قال ابن القاسم : وقد سئل مالكٌ / عما يشبه هذا فلم يجعل له نية ، أخبرني [١٧٨/ب] من أثق به أن مالكاً سئل عن رجلٍ لاعب امرأته فأخذت بفَرجه على وجه التلذذ ، فنهاها فأبت ، فقال لها : هو عليك حرام ، وقال : أردت أن أحرم أن تمسه ولم أرد بذلك تحريم امرأتي[4] ، فتوقف فيها مالكٌ وتخوّف أن يكون قد حنث فيها .

ورأى غيره من أهل المدينة أن التحريم يلزمه ، وهذا عندي أخف ممن نوى الكذب في التحريم ، ولم أقل لك أن التحريم يلزم صاحب الفرج ولكن في مسألتك في التحريم يلزمه ولايُنوّى[5] .

قال مالك : وإن قال لزوجته : أنت طالقٌ ألبتة ، فهي ثلاث ، فإن قال : أردت واحدة ، لم يقبل منه قبل البناء ولابعده ، ويؤخذ الناس بما لفظت به ألسنتهم من أمر الطلاق ، قال ابن القاسم : ولايُديَّن فيه[6] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٠/ب .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٢٦٩/٥ ، النوادر والزيادات ل٣٢٠/ب .

(٣) انظر : المدونة ٣٩٤/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٨ .

(٤) "امرأتي" مكانها بياض في أ ، ب .

(٥)،(٦) انظر : المدونة ٣٩٣/٢،٣٩٤ ، تهذيب المدونة ص١١٨،١١٩ .

وقد قال عمر لشُريح : من[1] قال : ألبتة ، فقد رمى الغرض الأقصى[2] .
وقد قال عمر بن عبد العزيز : لو كان الطلاق ألفاً ماأبقت ألبتة منه شيئاً[3].
قال الشيخ : وقيل : يُنوَّى قبل البناء ، ووجهه : أن بتات العصمة قبل البناء يحصل بالواحدة ، فوجب أن يقبل منه ، ولأن ألبتة كنايةٌ عن زوال العصمة كالخليَّة والبريَّة .

ووجه قول من قال : لايقبل منه : أن ألبتة كنايةُ عن الثلاث ، فوجب أن لاتقبل فيها النية كما لو نطق بالثلاث ، ولأن ألبتة لاتتبعض ، فقوله : أردت بها واحدة ، كقوله : أردت بعض ألبتة ، أو أردت بعض طلقة ، أنه يلزمه جميعها .

[فصل ٣ ــ فيمن قال : أنت علي كالميتة أو نحوها أو حبلك على غاربك]

ومن المدونة : قال مالك : ومن قال لزوجته : أنت علي كالميتة ، أو كالدم، أو كلحم الخنزير ، فهي ثلاثٌ وإن لم ينو به الطلاق .
وإن قال : حَبلُك على غَارِبك ، فهي ثلاثٌ ولايُنوَّى ، لأن هذا لايقوله أحدٌ وقد أبقى من الطلاق شيئاً[4] .

قال ابن المواز : وهذا بعد البناء ، وأما إن قال قبل البناء : أردت واحدةً ، فله نيته ويحلف ، وإن لم تكن له نية قبل البناء فهي ثلاث .

---

(١) "من" ليست في أ ، ب .
(٢) انظر : المدونة ٤٠٣/٢ .
(٣) وقال : من قال : ألبتة ، فقد رمى الغاية القصوى .
أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في ألبتة ٤٣٣/٢ رقم (٣) .
(٤) انظر : المدونة ٣٩٥/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .

وقد ذكر مالكٌ في المدونة والموطأ أنه بلغه عن عمر أنه نَوّاه[١] .
قال مالك في كتاب ابن المواز : ولو ثبت عندي أن عمر قاله ماخالفناه .
قال غيره : ولم يبين في حديث عمر دخل أو لم يدخل[٢] .
قال الشيخ : فيحتمل إن صح أنه في التي لم يدخل بها .

[فصل ٤ ـــ في الطلاق بلفظ الخلية والبرية والبائنة والهبة ونحوها]

ومن المدونة : وإن قال لها : أنت خليّةٌ ، أو بريّةٌ ، أو بائنةٌ ، ثم قال : مِنّي ، أو أنا منك ، أو لم يقل ، أو وهبتك ، أو رددتك إلى أهلك .

قال عبد العزيز[٣] : أو إلى أبيك ـ فذلك في المدخول بها ثلاثٌ ولاينَوَّى في دونها ، قَبِلَ الموهوبة أهلها ، أو ردُّوها ، وله نيته في ذلك كله إن لم يدخل بها في واحدةٍ فأكثر منها ، فإن لم تكن له نيةٌ فذلك ثلاثٌ فيهن .

قال يحيى بن سعيد وأبو الزِّناد وربيعة وابن شهاب وزيد بن أسلم[٤] في الموهوبة : إنها ثلاثٌ ، وقاله مالك[٥] .

---

(١) فقد قال عمر رضي الله عنه للرجل الذي قال لامرأته : حبلُكِ على غَاربِك : أسألك بربِّ هذه البَنِيَّة ـ أي الكعبة ـ ماأردت بقولك : حبلك على غاربك؟ فقال له الرجل : لو استحلفتني في غير هذا المكان ماصدقتك ، أردت بذلك الفراق ، فقال عمر بن الخطاب : هو ماأردت .
أخرجه مالك ، كتاب الطلاق ، باب ماجاء في الخلية والبرية وأشباه ذلك ٤٣٤/٢ رقم (٥) .
وانظر : المدونة ٣٩٥/٢ .

(٢) انظر ، النوادر والزيادات ل٣١٩/أ .

(٣) أي ابن أبي سلمة .

(٤) "ابن شهاب وزيد بن أسلم" ليست في ز .

(٥) انظر : المدونة ٣٩٥/٢، ٣٩٦، ٤٠٢ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .

قال ابن المواز : قال ابن القاسم في القائل : وهبت لك طلاقك : إنها ألبتة ، ولاينفعه إن قال : نويت واحدة ، وكذلك إن قال : وهبت لك نفسك ، أو فراقك، ولاينظر إلى المرأة قبلت أو لم تقبل ، إلا عند خلعٍ فيقبل منه ، وكذلك في العتبية .

قال[1] : ولاينظر إلى قبولها إلا أن يقول : إن أعطيتني كذا وهبت لك طلاقك ، أو فراقك ، فلاشيء عليه حتى تقبل هي وتنفعه النية أنه أراد واحدةً وإلا لزمته الثلاث[2] [3] .

ومن المدونة : قال ربيعة[4] في الخليّة والبريّة / والبائنة : إنها ثلاثٌ في [١٧٩/أ] المدخول بها ، وإن لم يدخل بها فهي واحدة[5] .

قال ابن القاسم : وأما قوله : أنا منكِ باتٌّ ، أو أنتِ مني باتّةٌ ، فلايُنوّى قبل البناء ولابعده أنه[6] أراد واحدة ، وتلزمه الثلاث ، وإن قال : برئت مني ، أو بنت مِنّي ، أو أنت خليّةٌ وقال : لم أرد بذلك الطلاق ، فإن تقدم كلامٌ[7] يكون هذا جوابه ، يدل على أنه لم يرد به الطلاق صُدِّق ، وإلا فقد بانت منه إذا كان كلاماً مبتدءاً ، وإن قال : أردت به الظهار ، لم يصدق ـ وقد تقدم هذا[8] ـ

وإن قال لها : أنا خليٌّ ، أو بريٌّ ، أو بائنٌ ، أو باتٌّ ، قال : منكِ ، أو لم يقل ، أو قال : أنت خليّةٌ ، أو بريّةٌ ، أو بائنةٌ ، قال : منّي ، أو لم يقل ، إلا أنه قال في هذا كله : لم يرد به[9] الطلاق ، فإن تقدم كلامٌ من غير الطلاق يكون هذا جوابه فلاشيء عليه ويُديَّن ، وإلا لزمه ذلك ،ولاتنفعه نيته .

---

(١) أي أصبغ كما في النوادر .

(٢) "الثلاث" ليست في ز .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣١٩/ب ، ٣٢٠/أ .

(٤) في أ ، ب زيادة "وابن شهاب" .

(٥) انظر : المدونة ٤٠٢/٢ .

(٦) في أ ، ب "وإن" .

(٧) "كلام" ليست في أ ، ب .

(٨) انظر ص٨٣١،٨٣٢ .

(٩) "به" ليست في ز .

وإن قال لها بعد البناء : أنت طالقٌ واحدةً بائنةً ، فهي ثلاثٌ ، وكذلك إن قال لها : الحقي بأهلك ، أو استتري ، أو ادخلي ، أو اخرجي ، أو تقنّعي ، يريد بقوله ذلك واحدةً بائنةً فهي ثلاث .

وإن قال : أنت طالقٌ طلقةً[1] لارجعة لي عليك فيها ، فهي واحدةٌ[2] ، وله الرجعة ولايضره ماقال ، أونوى ، إلا أن ينوي بقوله : لارجعة لي عليك فيها ، الثلاث ، فيكون كذلك[3] .

قال محمد بن عبد الحكم : وإن قال : أنت طالقٌ ولارجعة لي عليك ، فله الرجعة ، وإن قال : لارجعة لي عليك[4] ، فهي البتات[5] .

قال الشيخ : كقوله : أنت طالقٌ واحدةً بائنةً .

قال الشيخ : قال أبو القاسم ابن الكاتب : مسألة ابن عبد الحكم ليست كمسألة الكتاب[6] ، لأن مسألة الكتاب قد بين أنه إنما طلقها طلقةً واحدةً ، وفي مسألة ابن عبد الحكم لم يذكر طلقة ، وإنما قال : أنت طالقٌ لارجعة لي عليك ، فهي البتات ، وليس كمن قال : أنت طالقٌ طلاق الخلع ، لأن طلاق الخلع إنما هو واحدةٌ بائنةٌ ـ يريد على مذهب ابن القاسم[7] ـ وفي كتاب إرخاء الستور إيعابها

---

(١) "طلقة" ليست في أ ، ب .

(٢) "فهي واحدة" ليست في ز .

(٣) انظر : المصدر نفسه ٢/٣٩٦،٣٩٧ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .

(٤) أي بدون الواو .

(٥) قال ابن المواز : كأنه قال : طلاق لارجعة لي عليك فيه ، وإذا أدخل الواو فقد أفرد المطلقة ولم يجعله طلقة لارجعة فيها .
انظر : النوادر والزيادات ل٢٢١/ب .

(٦) أي التي تقدمت قريباً وهي قوله : وإن قال : أنت طالق طلقة لارجعة لي عليك فيها .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٥/ب .

ومن المدونة : وإن قالت له : أَوَدُّ لو فرّج الله لي من صُحبتك ، فقال لها : أنت بائنةٌ ، أو خليَّةٌ ، أو بريَّةٌ[١] ، أو باتَّةٌ أو قال لها : أنا منك بائنٌ ، أو خلِيٌّ ، أو برِيٌّ ، أو باتٌّ ، ثم قال : لم أرد به الطلاق ، وإنما أردت بالبائن فُرجةً بيننا ، لزمه الطلاق ولايُنوَّى كما لو سألته الطلاق فقال لها : أنت بائنٌ ، ثم قال : لم أرد الطلاق ، لم يصدق ، لأنه جوابٌ لسؤالها ، وإن قال : قد خليت سبيلك ، وقد بنى أو لم يبن ، فله نيته في واحدةٍ فأكثر منها ، وإن لم تكن له نيةٌ فهي ثلاث .

قال ابن وهب عن مالك : وقوله : قد خليت سبيلك ، كقوله : قد فارقتك[٢] .

قال ابن المواز : وروي عن مالكٍ في قوله[٣] : قد خليت سبيلك ، وفي قد فارقتك : إنها واحدةٌ حتى ينوي أكثر منها ، بنى بها أو لم يبن ، وهو أصح قوله ، وقاله ابن القاسم وابن وهب وأشهب .

قال أبو محمد : وقاله ابن عبد الحكم .

وقال أشهب في[٤] "قد خليت سبيلك" : إنها ثلاثٌ ، ولاأنوّيه إلا أن يكون لم يدخل بها ، "وسرَّحتك" واحدةً حتى يريد أكثر[٥] .

قال ابن المواز : "سرحتك" مثل "خليتك" إن قال فيهما : لم أُرِد طلاقاً، فذلك له ، ويحلف إلا أن يكون جواباً لسؤالها في الطلاق[٦] .

---

(١) "أو برية" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المدونة ٣٩٦/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .

(٣) "قوله" ليست في أ ، ب .

(٤) "في" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣١٩/أ،ب .

(٦) أي فلايقبل منه ويكون كمريد الطلاق فإن نوى واحدة حلف وصدق وإن لم يكن له نية أو لم يحلف فهي ثلاث . المصدر نفسه ل٣١٩/ب .

فصل [٥ ــ فيمن قال لزوجته : اعتدي أو كرر الطلاق]

وكل ماقرُب من ألفاظ الطلاق فهو طلاق ، وكذلك من أراد بغير / ألفاظ [١٧٩/ب] الطلاق طلاقًا فهو طلاقٌ[١] كما جعل الله الرمز وهو الإيماء كالكلام بقوله عز وجل : ﴿أَلَّا تُكَلِّمَ ٱلنَّاسَ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾[٢] ، وكما كان مافعله المتلاعنان من تلاعنهما وتفرقتهما طلاقًا وإن لم يلفظ به ، وكذلك روي في المختلعة لما ردَّت عليه الحديقة فأخذها كان ذلك طلاقًا[٣] .

قال ابن القاسم : ومن قال لزوجته : اعتدي اعتدي اعتدي ، ولم تكن له نيةٌ فهي ثلاثٌ عند مالك .

قال مالك : وهذا مثل : أنت طالقٌ أنت طالقٌ أنت طالقٌ ، نسقًا فهي ثلاثٌ إلا أن ينوي واحدة ، بنى بها أو لم يبن ، وإن قال لها : أنت طالقٌ ، اعتدي ، فهي طلقتان ، إلا أن ينوي إعلامها أن عليها العدة فتلزمه واحدة[٤] .

قال ابن حبيب : وروي عن الحسن فيمن قال لزوجته : أنت طالقٌ فاعتدي ، فهي واحدة ، وإن قال : أنت طالقٌ واعتدي ، فهي طلقتان ولايُنوَّى[٥] .

وقال ابن القاسم في المجموعة : وإن قال لها : أنت طالقٌ واعتدي ، فهي طلقتان ولايُنوَّى ، وإن قال : أنت طالقٌ اعتدي ، أو أنت طالقٌ فاعتدي ، لزمته طلقتان إلا أن ينوي واحدة[٦] .

---

(١) "فهو طلاق" ليست في أ ، ب .

(٢) سورة آل عمران : آية ٤١ .

(٣) يشير إلى حديث ثابت بن قيس ، وقد سبق تخريجه ص٤٦٨ .

(٤) انظر : المدونة ٣٩٨،٣٩٧/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .

(٥) أخرجه سعيد بن منصور ، كتاب الطلاق ، باب من قال لامرأته : اعتدي ٢٩٥/١ رقم (١٢٣٦) .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٣١٣/ب .

قال الشيخ : وماتقدم للحسن من قوله : أنت طالقٌ فاعتدي ، أنها واحدة ، فصواب[١] .

وإن قال كلاماً مبتدءًا : اعتدي ، لزمه الطلاق ، وسئل عن نيته كم نوى أَواحدةً أو أكثر ، فإن لم تكن له نيةٌ فهي واحدةٌ ، وإن لم يرد به الطلاق وكان جواباً لكلامٍ قبله كدراهم تعدُّها ونحوه فلاشيء عليه .

وإن قال لها : أنت طالقٌ ، ونوى اثنتين أو ثلاثاً فهو مانوى ، وإن لم ينو شيئاً فهي واحدة[٢] .

قال الشيخ : لأن قوله : أنت طالق ، كلامٌ مُحتمِلٌ للواحدة والثلاث ، واللفظ المحتمل يُرجَع فيه إلى نية قائله ، فإن لم تكن له نيةٌ فاحمله على أول أسماء الطلاق ، وذلك طلقة .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لها : أنت طالقٌ الطلاق كله ، فهو ثلاث[٣] .

فصل [٦ ــ فيمن أراد أن يحلف فصمت بعد ذكر الطلاق]

وإن أراد أن يطلق ثلاثاً أو يحلف بها فقال : أنت طالق ، ثم سكت عن ذكر الثلاث ، أو تمادى[٤] في يمينه إن كان حالفاً فهي واحدةٌ إلا أن ينوي بلفظة "طالق"

---

(١) وقد صوبه عبد الحق أيضا .
انظر : تهذيب الطالب ل ٣٦/أ .

(٢) انظر : المدونة ٢/٣٩٧،٣٩٨ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٠١ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .

(٤) في أ ، ب "فتمادى" .

الثلاث فيكون ثلاثاً ، ولو أخذ ليحلف على شيءٍ فلما قال : أنت طالقٌ ثلاثـاً ، بـدا له فصمت فلاشيء عليه[١] .

فصل [٧ ــ فيمن تلفظ بالطلاق ونوى غير ماتلفظ به]

وإن قال : حكيمة طالقٌ ، وله جاريةٌ وزوجةٌ تسميان حكيمة فقال : نويـت الجارية ، فإن كان عليه بينةٌ لم يقبل منه وتطلق الزوجة ، وإن لم يكـن عليـه بينـةٌ[٢] فله ذلك في الفُتيا .

قال مالك : ولو حلف للسلطان بطلاق امرأته طائعاً في أمرٍ كذَب فيه وقـال: نويت امرأتي الميتة ، فلايُنوَّى في القضاء ولافي الفتيا ، لأنه قـال : امرأتـي ، وتطلـق امرأته .

وإن قال لزوجته : أنت طالقٌ ألبتة ، ثم قال : والله مـاأردت بقـولي : ألبتـة ، طلاقها وإنما أردت واحدةً فزلَّ لساني فلفظت بالبتة ، فهي ثلاث .

قال مالك : واجتمع رأيي فيها ورأي غـيري مـن فقهـاء المدينـة أنهـا ثـلاثٌ ألبتة[٣] .

قال سحنون : والذي قال : ألبتـة ، قـد كـانت عليـه بينـة ، فلذلـك لم ينـوِّه مالك[٤] .

وقال عن ابن القاسم في غير المدونة : إنها ألبتة ، ولايُنوَّى في قضاءٍ ولافُتيا .

---

(١) انظر : المدونة ٤٠١/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .

(٢) "وتطلق الزوجة ، وإن لم يكن عليه بينة" ليست في ز .

(٣) "البتة" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٣٩٩/٢،٤٠٠ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .

قال : وقال ابن نافع[١] إنه يُديَّن فيما بينه وبين الله ، وكل هذه الأقوال عن مالك[٢] .

[فصل ٨ ـــ فيمن قال لزوجته : أنت طالق وقال : نويت من وثاق]

ومن المدونة : قلت لابن القاسم : فمن قال لامرأته : أنت طالقٌ ، وقال : نويت من وِثَاق ، ولم أرد به الطلاق ولابينة عليه وجاء مستفتيًا؟

قال : أرى الطلاق يلزمه ، وقد قال مالكٌ فيمن قال لامرأته كلامًا مبتدءًا : أنت بريَّةٌ ، / ولم ينو به الطلاق ، فهي طالقٌ ولاينفعه ماأراد من ذلك بقلبه ، [١٨٠/أ] فكذلك مسألتك ، وقد قال مالك : يؤخذ الناس في الطلاق بألفاظهم ولاتنفعهم نياتهم في ذلك إلا أن يكون جوابًا لكلامٍ كان قبله فلاشيئ عليه[٣] .

قال الشيخ : وقال مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم[٤] : إذا كانت في وِثاقٍ فقال : أنت طالقٌ ، يعني من الوِثَاق ديَّنتُه ونَوَّيتُه[٥] .

ولايخالف ابن القاسم ذلك إذا سئل في تركها فقال لها : أنت طالق ، وقال : أردت من الوثاق ، لأنه بساط جوابه ، وأما لو كانت في وِثَاقٍ فقال لها كلامًا مبتدءًا : أنت طالق ، ثم قال : أردت من الوثاق ، فهذا يحتمل أن لاينوِّيه ابن القاسم ، ويخالف مطرفًا في ذلك[٦] .

---

(١) في أ ، ب زيادة "وعلي عن مالك" .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٥/ب .

(٣) انظر : المدونة ٢/٤٠٠ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .

(٤) "وابن نافع وابن عبد الحكم" ليست في ز .

(٥)،(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٥/ب .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن خطب إلى رجلٍ ابنته فقال له : هي أختك من الرضاع ، ثم قال لها بعد ذلك : والله ماكنت إلا كاذباً ، فقال مالك : لايتزوجها[1] .

فصل [٩ ـ فيمن خاطب زوجته بما ليس من ألفاظ الطلاق]

وإن قال لزوجته : الحقي بأهلك ، ولم ينو طلاقاً فلاشيء عليه ، وإن نوى طلاقاً فهو مانوى من واحدةٍ فأكثر .

وكذلك إن قال لها : يافلانة ، أو أنت حرة ، أو اخرجي ، أو ادخلي[2] ، أو تقنّعي ، أو أخزاك الله ، أو كُلي ، أو اشربي ، أو كلاماً ليس من ألفاظ الطلاق فلاشيء عليه إلا أن ينوي بذلك الطلاق ، فيلزمه مانوى من واحدةٍ فأكثر[3] .

قال عبد الوهاب : وقيل : لايكون طلاقاً وإن نوى به الطلاق .

فوجه الأول : أنه لفظ قصد به الطلاق ، وأمر الطلاق مبنيٌّ على الاحتياط والتغليظ ، فوجب أن يلزمه كما لو هزل بالطلاق فإنه يلزمه .

ووجه القول أنه لايلزمه : الاتفاق أنه لو ضربها ، أو لمسها بيده وقال : أردت الطلاق ، أنه لايكون طلاقاً ، لأن ذلك ليس بصريح طلاقٍ ولاكنايةٍ عنه ، فكذلك هذا[4] .

---

(١) انظر : المدونة ٣٩٩/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .

(٢) "أو ادخلي" ليست في ز .

(٣) انظر : المدونة ٣٩٨/٢، ٣٩٩ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .

(٤) انظر : المعونة ٨٥١/٢ .

[فصل ١٠ ــ في الطلاق بالقلب]

وأما الطلاق بالقلب بغير نُطقٍ فروايتان ، فوجه إيقاعه : أن اعتقاد القلب لما كان لابد منه ، وكان حظ النطق إفهام الغير وتعبير مافي النفس جرى مجرى الخط والرمز وغير ذلك مما وُضع[١] للإخبار[٢] عما في نفس القائل ، ولأنه نوعٌ تحرم به الزوجة فجاز أن يقع بالاعتقاد وإن عرى من النطق أصله الكفر[٣] .

ووجه نفيه : قوله صلى الله عليه وسلم : "إن الله تجاوز لأمتي عما حدَّثت به أنفسها مالم تنطق به أو تعمل به"[٤] ، ولأنه أحد طرفي العقد فكان نُطقاً كالنكاح ، ولأنه معنىً[٥] يتعلق به تحريم الوطء ، فلم يقع باعتقادٍ كالبيع[٦] .

وقال أبو جعفر[٧] الأَبهَري[٨] محتجاً أن الطلاق يقع بالقلب فقال : إن حقيقة الكلام في القلب ، واللسان هو المعبِّر عنه [٩] والترجُمان له ، قال الشاعر :

إن الكلامَ لفي الفُؤادِ وَإنما جُعِلَ اللسَان عَلى الفُؤادِ دَليلا[٩] [١٠]

---

(١) في أ ، ب زيادة "جرى مجرى" .

(٢) في أ ، ب "الأخبار" .

(٣) "أصله الكفر" مكانها بياض في أ ، ب .

(٤) أخرجه البخاري ، في العتق وفضله ، باب الخطأ والنسيان في العتاقة والطلاق ونحوه ١١٩/٣ ، ومسلم ، كتاب الإيمان ، باب تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب إذا لم تستقر ١١٦/١ رقم (٢٠١،٢٠٢) .

(٥) "ولأنه معنى" مكانها بياض في أ ، ب .

(٦) انظر : المعونة ٨٥١/٢،٨٥٢ .

(٧) "أبو جعفر" بياض في أ ، ب .

(٨) هو أبو جعفر محمد بن عبد الله الأبهري ، ويعرف بالأبهري الصغير وبابن الخصاص ، إمامٌ عالمٌ بالفقه وأصوله ، تفقه بأبي بكر الأبهري ، له كتابٌ كبيرٌ في مسائل الخلاف ، وكتاب تعليق المختصر الكبير ، وكتابٌ في الرد على ابن عُليَّه فيما أنكره على مالك ، توفي سنة ٣٦٥هـ . انظر : ترتيب المدارك ٦٠٣/٢ ، شجرة النور ص٩١ .

(٩) ساقط من ز .

(١٠) هذا البيت ينسب إلى الأخطل ، و لم أعثر عليه في ديوانه .

وهو موجودٌ في بعض كتب العقيدة عند مسألة صفة الكلام لله تعالى ، إذ يستدل به الكلابية على أن كلام الله معنىً واحدٌ قائمٌ بذات الله ، تعالى الله عما يقولون علواً كبيراً ، قال شارح=

قال : وكما تكون الردة بالقلب وإن لم يلفظ بذلك ، ويكون كافراً ، فكذلك هذا[1] .

وذكر عن ابن الكاتب أنه قال : الردة لاتشبه هذا ، لأن الإيمان من أعمال القلب ، فإذا اعتقد الكفر الذي هو ضده كان كافراً ، والطلاق ليس من أعمال القلب ، قال الله تعالى : ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[2] ، وسميعٌ لايكون إلا للنطق ، فقد بين أن الطلاق لايلزم إلا باللفظ لابالاعتقاد[3] .

[فصل ١١ ـ فيما لايقع به الطلاق من الألفاظ إلا بالنية]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأما إن[4] أراد أن يلفظ بأحرف الطلاق فلفظ بما ليس من ألفاظه غلطاً فلاشيء عليه حتى ينوي أنها بما يلفظ به طالق ، / [١٨٠/ب] فيلزمه ماذكرنا ، ولو أجابت الزوجة بغير ألفاظ الطلاق عندما ملّكها لم يقبل منها أنها أرادت بذلك الطلاق ، لأنها مدعية ، وكذلك تمليك العتق ، والزوج إذا نوى بغير ألفاظ الطلاق طلاقاً مقرٌّ على نفسه ، فيؤخذ بذلك الإقرار .

قال مالك : وإن قال لها : ياأُمَّه ، أو ياأُخته ، أو ياعَمَّه ، أو ياخاله ، فلاشيء عليه ، وذلك من كلام السفه ، وإن قال لها : لست لي بامرأة ، أو ماأنت لي بامرأة أو لم أتزوجك ، أو قال له رجل : ألكَ زوجة؟ فقال : لا ، فلاشيء عليه في ذلك إلا أن ينوي بذلك الطلاق ، وإن قال لها : لاملك لي عليك ، أو لاسبيل لي عليك

= العقيدة الطحاوية : وأما من قال : إنه معنى واحد ، واستدل عليه بقول الأخطل ـ وذكر البيت ـ فاستدلالٌ فاسد . ثم قال : فكيف وهذا البيت قد قيل : إنه موضوعٌ منسوبٌ إلى الأخطل ، وليس هو في ديوانه ، وقيل : إنما قال : إن البيان لفي الفؤاد ، وهذا أقرب إلى الصحة .

انظر : شرح العقيدة الطحاوية ، تأليف : محمد بن علاء الدين علي بن محمد بن أبي العز الحنفي ، حققها وراجعها : جماعة من العلماء (بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثامنة ، ١٤٠٤هـ) ص١٨٤ .

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٥/ب .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٢٧ .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٣٥/ب .

(٤) "إن" ليست في أ .

ولانكاح بيني وبينك ، فلاشئ عليه إذا كان هذا الكلام عِتاباً[١] إلا أن ينوي بقوله هذا الطلاق[٢] .

قال أبو محمد : ظاهر كلامه يدل أنه لو[٣] لم تكن له نية ، أو لم يكن الكلام عتاباً أنه يلزمه الطلاق ، وقوله : إلا أن ينوي به الطلاق ، يريد وإن كان عتاباً ونوى بهذه الألفاظ الطلاق أنه يلزمه .

قال[٤] في كتاب العتق الأول : ومن قال لعبده : لاسبيل لي عليك ، أو لاملك لي عليك[٥] ، فإن تقدمه كلامٌ قبل هذا[٦] يدل على[٧] أنه لم يرد به[٨] الحرية صُدِّق السيد ، وإن كان كلامًا مبتدءًا عتق عليه العبد[٩] .

قال ابن القَرطِي[١٠] والأَبياني : ومن قال : لاعصمة لي عليك ، فهي ثلاثٌ إلا أن يكون معها فداءٌ فتكون واحدةً بائنةً[١١] .

قال أبو محمد : وذلك صوابٌ كما قلنا إذا قال لزوجته : لاملك لي عليك ، ولم يكن الكلام عِتاباً ، وكما يكون ذلك في العبد حرية[١٢] .

---

(١) "عتابا" مكانها بياض في أ ، ب .
(٢) انظر : المدونة ٢/٣٩٨،٣٩٩ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .
(٣) "لو" ليست في أ ، ب .
(٤) أي ابن القاسم .
(٥) "أو لاملك لي عليك" ليست في ز .
(٦) "قبل هذا" ليست في ز .
(٧) "على" ليست في ز .
(٨) "به" ليست في أ ، ب .
(٩) انظر : المدونة ٣/١٧١ .
(١٠) هو ابن شعبان ، وقد سبقت ترجمته ص٤٦١ .
(١١) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٥/ب .
(١٢) أي إذا قال له : لاملك لي عليك . انظر : المصدر نفسه ل٣٥/ب .

ومن الواضحة : قال مطرف وابن الماجشون وابن نافع وابن عبد الحكم[١] وابن القاسم : ومن قال لامرأته : اجمعي عليك ثيابك ، أو لاحاجة بي إليك ، أو لانكاح بيني وبينك ، أو لاسبيل لي إليك ، أو اذهبي لأهلك ، أو لاتحلين لي ، أو احتالي لنفسك ، أو أنتِ سائبةٌ ، أو مني عتيقةٌ ، أو ليس بيني وبينك حلالٌ ولاحرامٌ، أو يامطلقة ، أو اعتزلي ، أو تأخري عني ، أو انتقلي عني ، فذلك كله ـ سواء بنى بها أو لم يبن ـ لاشيئ عليه إلا أن ينوي طلاقاً ، فيكون مانوى[٢] .

ومن المدونة : قال ابن شهاب : وإن قال لها : أنت سائبةٌ ، أو منيِّ عتيقةٌ ، أو ليس بيني وبينك حلالٌ ولاحرامٌ ، فليحلف بالله الذي لاإله إلا هو[٣] ماأراد بذلك[٤] طلاقاً ولاشيئ عليه ، فإن نكل وزعم أنه أراد به الطلاق كان ماأراد من الطلاق ، ويحلف على ذلك ،ويُنكِّل من قال مثل هذا بعقوبةٍ مُوجِعةٍ ، لأنه لبَّس على نفسه وعلى حكام المسلمين .

وذكر[٥] القاسم بن محمد أن عبداً كانت تحته حرة ، فكلَّمه فيها أهلها[٦] ، فقال : شأنكم بها ، قال القاسم : فرأى الناس ذلك طلاقاً[٧] .

وقال في الموطأ : فرأى الناس ذلك تطليقةً[٨] .

---

(١) "ابن نافع وابن عبد الحكم" ليست في ز .

(٢) النوادر والزيادات ل٣٢٣/أ .

(٣) "بالله الذي لاإله إلا هو" ليست في ز .

(٤) "بذلك" ليست في أ ، ب .

(٥) "وذكر" مكانها بياض في أ ، ب .

(٦) "أهلها" مكانها بياض في أ ، ب .

(٧) انظر : المدونة ٤٠٢/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .

(٨) انظر : الموطأ ٤٣٤/٢ .

قال مالك في كتاب محمد : وليس العمل على هذا ، ولاأدري أي الناس رأى في هذا أنها تطليقةٌ واحدةٌ ، وأنا أرى أنه إن كان لم يدخل بها فهي واحدة ، إلا أن ينوي أكثر ، وإن كان بعد البناء فهي ثلاثٌ ولاينوّى[1] .

وفي مختصر ابن عبد الحكم الكبير : إنه إذا قال في المدخول بها : نويت بها واحدةً ، فذلك له[2] .

ومن المدونة : قال ربيعة[3] : وإن قال لامرأته : لاسبيل لي عليك ، دُيِّن ، وكذلك إن قال : لاتحلين لي ، فإنه يُديَّن ، لأنه إن شاء قال : أردت الظهار أو اليمين[4] .

قال ابن المواز : ويحلف[5] .

ومن المدونة : قال عطاء بن أبي رباح : / ومن قال : والله مالي امرأة ، فهي كِذْبة ، وقاله عمر وابن عمر . [١٨١/أ]

قال ابن شهاب وربيعة[6] : وإن قال لها : أنت السراح ، فهي واحدةٌ إلا أن ينوي بذلك الطلاق[7] ، وروي عن الأوزاعي[8] .

وقال جماعةٌ من الصحابة[9] في الخليَّة والبريَّة والبائنة : إنها ثلاثٌ[10] .

---

(١)،(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٠/أ .
(٣) في أ ، ب زيادة "وزيد بن أسلم" .
(٤) انظر : المدونة ٤٠٣/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢٢/ب .
(٦) "وربيعة" ليست في ز .
(٧) انظر : المدونة ٤٠٣/٢ ، تهذيب المدونة ص١١٩ .
(٨) "وروي عن الأوزاعي" ليست في ز .
(٩) كعلي بن أبي طالب وابن عمر ، وقد سبق تخريج ذلك ص٨٥٠ .
(١٠) انظر : المدونة ٤٠٢/٢ .

وقد ذكرنا ذلك[١] قبل هذا[٢] .

تمّ كتاب التخيير والتمليك بحمد الله تعالى وحسن عونه وتوفيقه .

يتلوه كتاب الإيلاء ، والحمد لله وحده ، وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد المصطفى الكريم وعلى آله وصحبه وعِترته الطاهرين الطيبين وسلم كثيراً أثيراً[٣].

---

(١) في ز زيادة "في الباب الذي" لأن فيها جُعِل هذا الباب بابان ، وقد أشرت إلى ذلك أول الباب.

(٢) انظر ص٨٥٠ .

(٣) هكذا في أ ، ب ، وفي ز "كمل السفر الرابع بحمد الله وحسن عونه وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً .
يتلوه في السفر الخامس كتاب الأيمان بالطلاق" .

[الكتاب الحادي عشر]
كتاب الإيلاء[١]

[الباب الأول]
في الإيلاء، ومايكون به من الأيمان موليا

[فصل ١ ــ في معنى الإيلاء وحكمه]

قال الله تعالى : ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾[٢] ، والإيلاء هو الامتناع من فعل الشئ بيمين ، يقال : تألَّى فلانٌ ألاَّ يفعل كـذا ، إذا حلـف ألاَّ يفعله ، ومنه قوله تعالى : ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُواْ الفَضْلِ مِنكُمْ وَالسَّعَةِ﴾[٣] أي : لايمتنع .

وقيل : إن الإيلاء هو اليمين ، ويدل عليه قول النابغة :

فآليتُ لاآتيكَ إن كنتُ مُجرِماً ۝ وَلاأبتغِي جَاراً سِوَاكَ مُجَاوِرَا[٤][٥]

---

(١) الإيلاء لغةً قد ذكره المؤلف .
وانظر له : معجم مقاييس اللغة ، مادة (أَلَوَى) .
وشرعاً : حلف زوجٍ على ترك وطء زوجته يوجب خيارها في طلاقه .
شرح حدود ابن عرفة ٢٩١/١ ، وسيذكر المؤلف قريباً تعريف القاضي عبد الوهاب .

(٢) سورة البقرة : آية ٢٢٦ .

(٣) سورة النور : آية ٢٢ .

(٤) وهو من قصيدةٍ يمدح فيها النعمان بن المنذر .
انظر : ديوان النابغة الذبياني ، تحقيق : محمد مفيد قميحة (جدة : دار المطبوعات الحديثة ، ط: بدون ، تاريخ : بدون) ص٦٣ .
قال المحقق : آليت : أقسمت ، والمعنى أنه أقسم أن لايأتيه حتى تظهر براءته لديه .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٦/أ .

قال القاضي عبد الوهاب : والإيلاء الشرعي : هو الحلف بيمينٍ يلزم بالحنث فيها حكمٌ على ترك وطء زوجته أكثر من أربعة أشهر . كالحلف بالله ، أو بصفاته أو بالصدقة ، أو بالعتق ، أو بالمشي ، أو بالطلاق من غير المولى منها ، وأما إن ترك الوطء غير مضارٍ بيمينٍ لايلزم بها حكم ، كاليمين بالكعبة ، أو بالنبي[١] ، فليس بإيلاء .

ولاخلاف أن اليمين بالله وبصفات ذاته [هو] الذي[٢] يتعلق به الإيلاء ، وأما الحلف بغيرها فيلزم عندنا[٣] ، خلافاً للشافعي في أنه لايلزمه[٤] .

دليلنا : قوله تعالى : ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾[٥] فعمَّ ، ولأنها يمينٌ يلزمه بالحنث فيها حكمٌ كاليمين بالله[٦] .

[فصل ٢ ــ في أجل الإيلاء والحكم بعد انقضائه]

ومن المدونة : قال مالك : إذا حلف حرٌ ألاّيطأ امرأته أربعة أشهر ، أو العبد شهرين فليسا بموليين[٧] .

---

(١) في أ ، ب "بالمشي" ، وهو تحريف .

(٢) في ز "أنه" .

(٣) انظر : الرسالة ص٢٠٤ ، الكافي ٥٩٨/٢ .

(٤) وهو قوله القديم . انظر : الأم ٣٨٣،٣٨٢/٥ .
أما على قوله الجديد : فإنه يلزمه ، وهو الصحيح .
انظر: التنبيه ص١٨٣ ، الوجيز ٧٣/٢ .

(٥) سورة البقرة : آية ٢٢٦ .

(٦) انظر : المعونة ٨٨٣،٨٨٢/٢ .

(٧) انظر : المدونة ١٠٤/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٤ .

قال القاضي عبد الوهاب : وإنما قال : أجل العبد شهران خلافاً لأبي حنيفة والشافعي[١] ، لأنه معنىً يتعلق به حكم البينونة ، فوجب نقصانه فيه عن الحر ، أصله[٢] الطلاق[٣] .

قال الشيخ : قيل لأبي عمران رحمه الله : فإن حلف ألا يطأ أربعة أشهر ويوماً؟

قال : هو مولٍ ، فإن انقضت الأربعة أشهر قيل له : طأ ، فإن قال : لا ، طلقت عليه ، وإن قال : أطأ ، ولكنه اعتذر في ذلك اليوم ، تُلُوِّم له ، فإذا مضى ذلك اليوم زال عنه الإيلاء لزوال يمينه[٤] .

ابن المواز : قال مالك في المولي نفس الإيلاء وهو الحالف فيه[٥] ألا يطأ : فالأجل فيه من يوم حلف ، ضربه الإمام أو لم يضربه ، فإن ضربه الإمام فلم ترفعه ثانيةً بعد الأجل ليوقف ، فلاتطلق عليه حتى توقفه ثانية ، وليس هو من ذلك في حلٍّ إلا[٦] أن تطرح ذلك عنه ، وتقول : لاحاجة لي بإيقافه ، فهو حقٌ تركته ، إلا أن لها أن ترجع متى شاءت[٧] ، فيوقف لها مكانه بغير[٨] أجلٍ ليفيئ أو يطلق .

---

(١) فعندهما أجله أربعة أشهر كأجل الحر .
انظر : مختصر الطحاوي ص٢٠٧ ، مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٦٢/٣ .
الأم ٣٨٩/٥ ، مختصر المزني مع الأم ٢١٣/٩ .

(٢) "أصله" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المعونة ٨٨٤/٢ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٦/ب .

(٥) "فيه" ليست في ز .

(٦) في أ ، ز "الإيلاء" ، وفي ب زيادة "الإيلاء" .

(٧) في ز "مات" ، وهو تحريف .

(٨) في ز "بعد" .

وقال أشهب عن مالك : وإن طال الزمان .

قال أصبغ : وتحلف ماكان تركها على التأبيد ، ولاأرتضي بإسقاط ذلك إلا على أن تنظر وتعاود رأيها ، ثم يوقف مكانه ، فإما فاء[1] أو طلق عليه في مجلسه/ [١/ب] ذلك .

وقاله أشهب عن مالك في العتبية : أنه إذا جاوز الأجل ثم رفعته وقف مكانه فإما فاء أو طلق عليه[2] .

قال فيها : وإذا أرادت الأمة ترك زوجها حين آلى منها فلسيدها إيقافه[3] ، وقاله ابن القاسم عن مالك[4] .

[فصل ٣ ــ فيما يكون به من الأيمان موليا]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن حلف ألا يغتسل منها من جنابة ، فهو مُولٍ، لأنه لايقدر على الجماع إلا بكفارة[5] .

قال الشيخ : وحكي عن بعض شيوخنا أنه إذا حلف ليعزلنَّ عن زوجته فليس بمولٍ ، لأن الوطء موجود منه وإن كان يعزل .

وعاب ذلك بعض أصحابنا وقال : لأن الإنزال من حقوق الزوجة ، إذ لايجوز أن يعزِل عنها إلا بإذنها[6] [7] .

---

(١) "فإما فاء" مكانها بياض في أ ، ب .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٦/٣٦٧ .

(٣) حتى يفيئ أو يطلق ، قال ابن رشد : لأن للسيد حقاً في الوطء من أجل أنه يقول : إنما أنكحتها لما رغبت من ولدها . البيان والتحصيل ٦/٣٦٥ .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٦/٣٦٥ ، النوادر والزيادات ل٣٦٦/أ .

(٥) انظر : المدونة ٣/٨٤ .

(٦) انظر : الموطأ ٢/٤٦٥ ، التفريع ٢/٤٦ .

(٧) انظر : تهذيب الطالب ل٣٦/ب .

وقد اختُلف فيمن حلف ألاَّ يبيت مع امرأته هل تطلق عليه أم لا لأنه يأتيها نهارًا؟

قال[١] : فإذا كان اختلف في هذا ففي العزل أولى أن تطلق عليه[٢] .

قال الشيخ : إنما تطلق على هذا الذي حلف ألاَّ يبيت مع زوجته لأجل الضرر عليها بذلك ، فليس هو بمولٍ ولايضرب له أجل المولي ، لأنه غير ممتنع ، فبان أن قول الفقيه[٣] صواب ، والله أعلم .

قال مالك : وإن آلى منها بحجٍ ، أو بعمرةٍ ، أو بصومٍ ، أو بطلاقٍ أو بهديٍ أو بعتقٍ فهو مول .

وإن قال لها : إن وطئتك فعلي نذرٌ أو يمينٌ أو كفارة يمينٍ فهو مولٍ ، وإن حلف ألاَّ يطأها حتى يقدم فلان ، أو حتى يموت فلانٌ فهو مولٍ .

قال : وإن حلف ألاَّ يطأها حتى يقدم أبوه ، وأبوه باليمن ، أو حلف لغريمٍ له بالله ألا يطأ امرأته حتى يوفيه حقه فهو مولٍ ، وكل من حلف ألاَّ يطأ امرأته حتى يفعل كذا فهو مولٍ ، كان ذلك الشيئ مما يقدر على فعله أم لا .

قال مالك : وإن قال لها : إن وطئتك فأنت طالقٌ ثلاثاً ، فهو مولٍ ، إذ لها أن تقيم بلاوطء[٤] .

قال الشيخ : لأنه حالفٌ على ترك وطئها بيمينٍ يلزمه بالحنث فيها حكم ، كما لو حلف بطلاق غيرها ، ويمكن منها فإذا ابتدأ بالإيلاج نزع ، ووقع عليه الثلاث فلم تحل له إلا بعد زوج .

وروى أكثر الرواة أنه لايمكَّن من الفيئ بالوطء ، إذ باقي وطئه حرام[٥] .

---

(١) القائل هو أبو عمران الفاسي .

(٢) أي إذا امتنع من الإنزال فيها . انظر : المصدر نفسه ل ٣٦/ب .

(٣) وهو أبو عمران .

(٤) انظر : المدونة ٣/٨٤،٨٥،٩٦ ، تهذيب المدونة ص١٢٤ .

(٥) المصدر نفسه ص١٢٤ .

وروي عنه أيضاً : أن السلطان يطلق عليه[1] حين ترافعه ، فلايضرب له أجل المولي ، ولايمكَّن من فيئته ، وقاله ابن القاسم ، رفعته قبل أربعة أشهرٍ أو بعدها .

قال سحنون : وهذا أحسن[2] .

قال الشيخ : ووجه ذلك:أنه لايمكنه الفيئ إلا بالحنث ، ولاتصل إلى الحلال منه إلا بالحرام ، فوجب أن يمنع من ذلك ، وإذا لم يكن الفيئ وجب الفراق ولامعنى لضرب الأجل ، لأن مالَه يُراد مُتعذر .

ابن المواز : وروي عن مالك : أن له أن يحنث نفسه بالوطء فتطلق بالبتة .

قال ابن القاسم : وله أن يتمادى حتى يُنزِل ، وأحب إلي ألا يفعل ، فإن فعل لم يكن عندي حرجاً .

قال أصبغ : وينزل فيها ، وذلك ما لم يخرج ذكره ثم يعاوده فلايحل له ذلك.

وقال غير ابن القاسم : إذا التقى الختانان قطع ، ورواه ابن وهب ، وقاله عبدالملك .

ـ **قال الشيخ** : وهو مثل مابينا أولاً ـ .

قال ابن المواز : وإذا كانت يمينه بواحدةٍ فهو مول ، وإن وطئ فلينو ببقية مصابه الرجعة ، لأنه يحنث بأول الملاقاة ، فإن كان ذلك قبل البناء ضرب له أجل الإيلاء ، وله الفيئة بالوطء على أن ينوي ببقية وطئه الرجعة ، فإن وطئ على هذا وإلا طلق عليه .

قال مالك والليث : وإن قال : إن لم أطأك فأنت طالقٌ ، فهو مولٍ ، وقاله ابن القاسم ، ثم رجع فقال : لايكون مولياً ، لأنه ليس عليه يمينٌ تمنعه الجماع[3] .

قال ابن المواز : قال ابن القاسم : وإن قال : إن وطئتك فوالله لاأطؤك ، فليس بمولٍ حتى يطأ ، وكذلك روى عنه عيسى في العتبية[4] .

---

(١) "عليه" ليست في ز .

(٢) المصدر نفسه ص١٢٤ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٧/أ،ب .

(٤) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٨٣/٦ ، النوادر والزيادات ل٣٦٨/أ .

قال الشيخ : وهذا / عندي على قول ابن القاسم في مسألة الذي حلف [٢/أ] بالبتة لايطأ أن له أن يحنّث نفسه بالوطء ويتمادى حتى يُنزِل ، لأنه كأنه رآه إنما أراد وطأً تاماً ، فبتمامه يحنث .

وأما على قول مالكٍ الذي رأى أنه لايمكن من الفيئ بالوطء ، إذ باقي وطئه حرامٌ ينبغي ألا يكون مولياً بعد تمام وطئه ، لأنه بأول الملاقاة يكون مولياً ، وببقية وطئه يحنث ، وتلزمه الكفارة ويزول عنه الإيلاء .

وكذلك اختلفوا في مسألة الذي حلف بالظهار ألا يطأ ، فقال ابن القاسم : إن وطئ كان مظاهراً ولم تلزمه كفارة الظهار إلا أن يطأ ثانية[1] .

وقال ابن المواز : لايجوز له أن يطأ ، لأنه يحنث بأول الملاقاة ، ويصير بقية وطئه في امرأةٍ قد ظاهر منها[2] - يريد فإذا وطئ فقد لزمته الكفارة للظهار - فهذه المسألة تجري على هذين القولين ، والله أعلم .

وإن قال : والله لاأطؤك حتى أعتق ، فهو مولٍ عند ابن القاسم ، وقال عبدالملك:ليس بمولٍ[3] .

قال الشيخ : وقول ابن القاسم أصح ، لأنه امتنع من الوطء بيمينٍ يلزمه إن حنث فيها حكم ، كاليمين بالله تعالى مجرداً .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن قال لها : إن وطئتك حتى أمسّ السماء فعليّ كذا ، فهو مول ، إذ لها أن تقيم بلاوطء ، فإن قامت عليه قبل أجل الإيلاء لم يوقف حتى يحل الأجل فيوقف ، لأن فيئته بعد الأجل بالوطء ، فلما فاء حنّث نفسه ، وإلا طلق عليه السلطان .

---

(١) فإن الكفارة عليه واجبة . انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٨٨/٥ .

(٢) قبل أن يكفّر ، وهذا مالايجوز لقوله تعالى ﴿مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ . سورة المجادلة : آية ٣ .
انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٧/أ ، البيان والتحصيل ١٨٩/٥ .

(٣) لأن يمينه في غير امرأته . انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٧/أ ، ٣٦٨/أ .

قلت : فإن حلف بالله ألاَّ يلتقي معها سنةً أيكون مولياً؟

قال : قال مالك : كل يمينٍ منعت من الجماع[١] ولايقدر صاحبها على الجماع لمكانها فهو بها[٢] مول .

قال ابن شهاب : وإن حلف ألاَّ يكلمها ، وهو في ذلك يمسها فهو غير مول.

قال مالك : وليس في الهجران إيلاء[٣] .

ومن[٤] النذور : وإن قال لها : والله لأطلقنك ، فليس بمولٍ ، ولايمتنع من الوطء ؛ فإن شاء طلق أو كفَّر ، ولايجبر على ذلك ، ولايحنث إلا بعد الموت[٥] .

ومن الإيلاء : وإن حلف بالله ألا يطأ واستثنى[٦] ، فرآه مالكٌ مولياً ، وله أن يطأ بلاكفارة ، وقال غيره : لايكون مولياً[٧] .

قال الشيخ : وإنما جعله مالكُ مولياً لاحتمال أن يريد بالاستثناء حِلَّ اليمين أو يريد بها قوله تعالى : ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَدًا . إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ﴾[٨] ، فوجب ألاَّ يسقط حق المرأة ، ويزول الإيلاء بأمرٍ محتمل .

فإن قيل : فهو يقول[٩] : إذا كفَّر المولي قبل الحنث سقط عنه الإيلاء .

---

(١) "منعت من الجماع" ليست في ز .

(٢) "بها" ليست في أ ، ب .

(٣) إلا أن يحلف في المسيس . انظر : المدونة ٨٥/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٤ .

(٤) في أ زيادة "هو" .

(٥) انظر : المدونة ١١٣/٢ .

(٦) أي قال : إن شاء الله .

(٧) انظر : المصدر نفسه ٨٦/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٤ .

(٨) سورة الكهف : آية ٢٣،٢٤ .

(٩) أي ابن القاسم .

ويحتمل أن يكون كفَّر[١] عن يمينٍ سلفت له[٢] ، فما الفرق؟

قيل : يحتمل أن يكون الفرق أن الكفارة تسقط اليمين حقيقة ، فقويَ عنده أن[٣] الاستثناء لايُحل اليمين حقيقة ، للاحتمال الذي قدمناه[٤] ، والله أعلم[٥] .

ومن المدونة : وإن حلف ألاَّ يطأ بعهد الله ، أو بميثاقه ، أو كفالته ، أو ذمته أو قدرته ، أو عظمته ، أو جلاله ، فهذه كلها أيمان ، فما حلف به من ذلك فهو به مولٍ بنفس الإيلاء ، والأجل فيه أربعة أشهرٍ من يوم حلف للحر ، وشهران للعبد ، كانت زوجة أحدهما حرةً أو أمةً ، مسلمةً أو كتابيةً ، وإنما ينظر في الأجل للرجال لأن الطلاق على الرجال والعدة على النساء .

وإن قال لها : أشهد ألاَّ أقربك ، أو أعزم على نفسي ، أو أقسم ، فلايكون بذلك موليًا إلا أن يريد بالله .

قال مالك : وقوله : أشهد ، ولعمري ، ليسا بيمين .

وإن قال لها : إن وطئتك فهو يهوديٌ أو نصرانيٌ أو زانٍ ، لم يكن موليًا ، وليست هذه أيمانًا .

وإن حلف ليغيظنَّها أو ليسوءنَّها ، / فترك الوطء أربعة أشهرٍ فليس بمول . [٢/ب]

وإن قال لها : والله لاأطؤك ، فلما مضت أربعة أشهرٍ وُقِف فقال : أردت ألا أطأها بقدمي ، قيل له[٦] : فإن وطئت بان صدقك ، وأنت في الكفارة أعلم ، إن شئت فكفِّر إذا وطئت وإن شئت فدع .

---

(١) "كفر" ليست في أ .
(٢) أي كما قال أشهب .
(٣) في أ ، ب "وأن" .
(٤) وهو أنه يريد بالاستثناء مثل ما في آية الكهف .
(٥) انظر : النكت والفروق ل٨٥/ب .
(٦) "له" ليست في أ .

وكذلك إن قال : أردت ألاَّ أطأها في هذه الدار ، قيل له : فأخرجها وجامعها إن كنت صادقاً ، ثم لاكفارة عليك ، ولايترك من غير أن يجامعها ، فإن بيَّن فقال : والله لاأطؤك في هذه سنةً ، وهو فيه ساكنٌ مع امرأته ، فليس بمولٍ ، ولكن يؤمر بالخروج منها ليجامعها إذا طلبت ذلك المرأة ، لأني أخاف أن يكون مضاراً ، إلا أن تدعه المرأة .

قال سحنون : فأما إن قال : لاأطؤك حتى أخرج من هذا البلد أو المصر ، فهو مولٍ يضرب له الأجل ، كقوله : حتى أقضي فلاناً حقه .

قال ابن القاسم وغيره : فإن قال لها : والله لاأطؤك في هذا المصر أو في هذه البلدة ، فهو مول .

قال غيره : وكأنه قال : والله[1] لاأطؤك حتى أخرج منها ، فإن كان خروجه يتكلف ، فيه المؤونة والكلفة فهو مول .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : إن وطئتك فكل مملوكٍ أملكه فيما يستقبل حر ،أوقال : كل مملوكٍ أملكه من ذي قبل فهو[2] صدقة ، فليس بمولٍ ، لأن مالكاً قال[3] : لو حلف بهذا لم يكن عليه أن يتصدق بثلث مايفيد ، ولو قال : كل مملوكٍ أشتريه فهو حرٌ ، لم يعتق عليه مايشتري .

قال ابن القاسم : وإن خصَّ بلداً لم يكن مولياً حتى يملك من تلك البلدة مالاً أو عبداً ، فيكون مولياً حينئذ .

وقال غيره : هو مولٍ قبل الملك ، إذ يلزمه بالوطء عقد يمينٍ فيما يملك من رأسٍ أو مالٍ ، وقاله ابن القاسم أيضاً .

---

(١) "والله" ليست في أ ، ب .
(٢) "فهو" ليست في ز .
(٣) في أ ، ب "لا إن قال قال" .

وإن قال لها : إن جامعتك فعليّ صوم هذا الشهر ، فليس بمولٍ إلا أنه إن جامعها فيه صام بقيته ، وإن لم[1] يطأها فيه حتى انسلخ فلاشيء عليه ، كمن حلف بعتق عبده إن جامع امرأته ، فباع عبده أو مات ثم جامعها لم يكن مولياً[2] .

قال الشيخ : وكذلك إن قال : إن جامعتك فعليّ صوم هذين الشهرين ، أو الثلاثة ، أو الأربعة فليس بمولٍ إن كان حراً حتى يزيد على الأربعة ، وكأنه قال : لأجامعك حتى تنسلخ هذه الأربعة أشهر[3] ، فلاشيء عليه حتى يزيد على ذلك .

وإن قال : إن جامعتك فعليّ صوم شهر ، كان مولياً ، لأنه غير معين ، وكأنه في المعين ضرب لوطئها أجلاً ، فلايكون مولياً حتى يكون الأجل أكثر من أربعة أشهرٍ من يوم يمينه ، إلا أن يعين شهراً بعد أربعة أشهرٍ فإنه يكون مولياً ، كقوله وهو في أول المحرم : إن وطئتك فعليّ صوم جمادى الأولى ، فكأنه قال : لأطؤك حتى ينسلخ جمادى الأولى ، والأصل في هذا أن ينظر ، فإن مضى أجل[4] الإيلاء ولايمين عليه تمنعه من الجماع فليس بمولٍ ، وإن مضى الأجل واليمين باقيةٌ عليه فهو مولٍ .

ومن كتاب ابن المواز : وإن قال : إن قربتك فعليّ صوم هذا الشهر ، أو شهرٍ بينه وبين آخره أربعة أشهر ، فليس بمولٍ حتى يكون بينه وبين آخره أكثر من أربعة أشهر[5] ، وهو نحو مابيّنّا ، وبالله التوفيق .

ومن المدونة : وإن قال : والله لأطؤك في هذه السنة إلا يوماً واحداً ، لم يلزمه إيلاء إلا أن يطأ وقد بقي منها أكثر من أربعة أشهر ، وقد اختلف فيها بالمدينة[6] .

---

(١) "لم" ليست في أ .

(٢) انظر : المدونة ٣/٨٦-٨٩ ، تهذيب المدونة ص١٢٤ .

(٣) "أشهر" ليست في أ ، ب .

(٤) "أجل" ليست في ز .

(٥) النوادر والزيادات ل٣٦٧/أ .

(٦) انظر : المدونة ٣/٨٩ ، تهذيب المدونة ص١٢٤ .

ومن كتاب ابن المواز : ومن حلف ألا يطأ امرأته في هذه السنة إلا مرة ، فقال ابن القاسم : إن وطئها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهرٍ صار مولياً .

وقال أيضاً : إن مضى / من السنة أربعة أشهرٍ ولم يطأ وقف ، فإما فاء وإما طُلّق عليه ، وهو أحب إلى ابن القاسم وأصبغ وإلينا . [٣/أ]

فإن فاء فهو فيما يستقبل مولياً لاشك فيه ، ويوقف ثانيةً لأربعة أشهرٍ أخرى وقاله أشهب .

قال : فإن لم ترفعه حتى بقي من السنة أربعة أشهر – يريد ولم يطأ بعد – فلاحجة لها إلا أن يكون وطئ قبل ذلك فيكون مولياً .

قال ابن القاسم : ولو قال : إلا مرتين[١] ، لم يكن مولياً ، لأنه إن شاء تركها أربعة أشهرٍ ثم وطئها ثم تركها أربعة أشهرٍ ثم وطئها ، فلايبقى من السنة إلا أربعة أشهر .

وقال أصبغ : هو مول[٢] .

قال محمد : غلط أصبغ رحمه الله[٣] .

ومن مجالس أصبغ : هو مول ، لأنها يمينٌ على كل حال ، ولأن الوطئين إن عجّلهما بقي باقي السنة أو أكثرها لايقدر على الوطء[٤] ، ولو شاء أن يعجّلهما عجّلهما فهو يؤخرهما لذلك .

وإن قال : إذا وطئتك ، أو إذا وطئتك كذا وكذا فأنت طالقٌ البتة ، فذلك سواءٌ ، هو مولٍ تطلق عليه إذا مضت أربعة أشهرٍ من يوم حلف ، وقاله أصبغ .

---

(١) أي حلف ألايطأ امرأته في هذه السنة إلا مرتين .

(٢) يمنع من أجل اليمين .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٦/ب .

(٤) "الوطء" مكانها بياض في أ ، ب .

ومن المدونة : قال مالك : وإن حلف ألا يطأها حتى تفطم ولدها فليس بمولٍ ، لأن هذا ليس على وجه الإضرار ، وإنما أراد صلاح ولده ، وقاله علي بن أبي طالب رضي الله عنه[1] [2] .

ومن كتاب ابن المواز : ومن حلف ألا يطأ امرأته التي ترضع سنتين وقال : أردت تمام الرضاع ، فليس بمولٍ إلا أن يموت الصبي وقد بقي من السنتين أكثر من أربعة أشهر ، فيلزمه الإيلاء من يومه[3] .

قال الشيخ : واعترض بعض أصحابنا قوله : من يومه ، وقال : إنما حمل عليه أولاً أنه غير مضار ، فإذا مات الولد ولم يطأ تبين أنه إنما[4] أراد الضرر ، فينبغي أن يكون أجله من يوم حلف .

قال الشيخ : وليس بصواب ، لأنه يحتمل أن يكون اليوم أراد الضرر بامتناعه ، إذ لاعذر له ، ويحتمل أن يكون أراده من الأول ، ومايكون أولا يكون لاحكم له ، فحمل أنه اليوم أراد الضرر بلاشك فيه[5] .

ابن المواز : ولو حلف بطلاقها لأتزوجن عليك إذا استغنى ولدك عنك ، وذلك في الحولين ، فليكف عن وطئها ، ولاوقت في ذلك إلا أن ينويه .

قال محمد : لايكفُّ عن الوطء إلا بعد الحولين ، وبعد الحولين يكون مولياً إن رافعته[6] .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب من قال : الإيلاء في الرضى والغضب ، ومن قال في الغضب ١٣٨/٤ رقم (١٨٦١٨) .

(٢) انظر : المدونة ٨٩/٣ .

(٣) أي من يوم موت الصبي ، فإذا انقضت أربعة أشهر من ذلك اليوم وقف . انظر : النوادر والزيادات ل٣٧١/ب .

(٤) "إنما" ليست في أ ، ب .

(٥) قال أبو الوليد الباجي : فاعتد بمدة التربص له من يوم لم يبق ليمينه وجه غير الضرر . المنتقى ٣٦/٤ .

(٦) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧١/ب .

وفي كتاب ابن سحنون : إذا حلف بطلاقها ألبتة ألا يطأها حتى تفطم ولدها فليس بمولٍ ، وإن مات ولدها قبل الفطام فله وطؤها ، ولايحنث إن كانت نيته في ذلك صلاح ولده ، وإن كانت نيته ألاّ يمسها حولين كاملين فهو مول ، وتطلق عليه إذا أوقفه السلطان بعد أربعة أشهر ، لأنه لايقدر أن يمسها ، ولايفيء ؛ لأن في يمينه بالبتة ، وإن هي لم توقفه حتى مضت الحولين فقد خرج من يمينه[1] .

ومن المدونــة : وإن حلف ألا يطأها سنةً فمضت السنة قبل أن يوقف فلاإيلاء عليه .

وإن حلف ألاّ يطأها ثمانية أشهرٍ فوقف لأربعة أشهرٍ فأبى أن يفيء[2] فطلق عليه ثم ارتجع ، فإن انقضت عدتها وقد بقي من الأشهر الأخرى فليس برجعة ، وإن انقضت الأربعة أشهر قبل تمام العدة و لم يمس فرجعته ثابتةٌ ، لأنه ليس هاهنا يمينٌ تمنعه من[3] الجماع .

قال ابن القاسم : وإن قال لها : والله لاأطؤك ، ثم قال بعد ذلك بشهر : علي حِجَّةٌ إن قربتك ، فوقف الأربعة أشهرٍ من اليمين الأولى فطلق عليه ثم ارتجع فلاإيقاف عليه لليمين الثانية ، إذ لو حنث بالوطء لزمته اليمينان[4] جميعاً ، فكذلك التطليق عليه لليمينين جميعاً ، وقاله غيره[5] .

---

(١) تهذيب الطالب ل ٣٨/أ .

(٢) "أن يفيء" مكانها بياض في أ ، ب .

(٣) "من" ليست في ز .

(٤) "اليمينان" ليست في أ ، ب .

(٥) انظر : المدونة ٣/ ٩٠ ؛ تهذيب المدونة ص١٢٤، ١٢٥ .

[الباب الثاني]
فيمن حلف بالطلاق ليفعلن هو أو غيره كذا ودخول الإيلاء عليه

[فصل ١ ـ فيمن حلف بالطلاق ليفعلن هو أو غيره كذا]

قال ابن القاسم : ومن حلف بالطلاق ليجلدن / عبده جلداً يجوز له ، فباعه قبل أن يجلده ضرب له أجل المولي إن رفعته ، فإن حلّ الأجل قبل أن يملكه بشراءٍ أو غيره فيجلده طلقناها عليه واحدةً ، فإن ملكه في العدة أيضاً فضربه كانت له الرجعة ، وإن انقضت قبل أن يملكه بانت منه ، ثم إن نكحها عاد مولياً ووقف إلا أن يملكه فيضربه فيبر[١] . [٣/ب]

قال الشيخ : يريد:وإن قامت عليه فضرب له[٢] أجل المولي فحل قبل أن يملكه فإنها تطلق عليه ثانية ، ثم إن نكحها ثالثةً عاد مولياً وطلقت لتمام الأجل ، ثم إن نكحها بعد زوجٍ لم يكن مولياً لزوال[٣] العصمة التي حلف بها ، ولو أراد أولاً أن يطلقها واحدةً ليزيل يمينه كان ذلك له ، ثم إن ارتجعها لم يكن مولياً ، كما قال فيمن حلف بطلاق امرأته واحدةً ليتزوجن عليها : فأحب ألاّ يتزوج عليها[٤] ، فإنه يطلقها واحدة ويرتجعها فتزول عنه[٥] يمينه فكذلك هذا ، ولايرفع يمينه طلقة الإيلاء ، لأنه لم يحنِّث نفسه فيما حلف عليه ، وإنما طلق عليه بسبب الإيلاء ، كما لو حلف بطلاق زوجته ألا يدخل الدار ، ثم حلف بطلاقها ألا يكلم زيداً ، فكلمه فطلقت عليه ، فلايُزيل ذلك يمينه على دخول الدار إذا ارتجعها .

---

(١) انظر : المدونة ٣/ ٩٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٥ .

(٢) "له" ليست في أ .

(٣) في ز "لتمام" .

(٤) "عليها" ليست في ز .

(٥) "عنه" ليست في ز .

ومن المدونة : وقال ابن دينار : ساعة باعه طلقت عليه .

قال ابن دينار : ومن حلف بحرية غلامه ليضربنه ، فباعه قبل الضرب نقضت البيع وأعتقه عليه ، إذ لاأنقض صفقة مسلمٍ إلا إلى عتقٍ ناجزٍ[1] .

[فصل ٢ ــ في دخول الإيلاء عليه]

قال ابن القاسم : ومن دخل عليه الإيلاء لضررٍ أو غيره ولم يحلف على ترك الوطء مثل أن يقول : إن لم أفعل ، أو لأفعلن كذا فأنت طالقٌ ، فهو على حنثٍ ولايطأ ، فإن رفعته ضرب له الأجل من يوم ترفعه .

قال غيره : وهذا إذا تبين للسلطان ضرره بها ، فأما إن لم يمكنه فعل ماحلف عليه لم يُحَلْ بينه وبينها ، ولايضرب له أجل ، فإذا أمكنه فعل ذلك حيل بينهما ، وضرب له أجل المولي إن رفعته كالحالف بالطلاق ليحجن ولم يوقِّت سنةً بعينها ، وهو في أول السنة ، أو لأخرجن إلى بلد كذا ولايمكنه الآن خروج لخوف طريقٍ أو نحوه ، ولايستطيع الحج في أول السنة ، فهذا لايحال بينه وبين امرأته ، فإذا أمكنه الخروج أو جاء وقت الحج فتركه إلى وقتٍ إن خرج لم يدركه منع حينئذٍ من الوطء وضرب له أجل المولي من يومئذٍ إن رفعته .

ـ **قال الشيخ** : يريد وكذلك إن رفعته في إبَّان الخروج الذي يدرك فيه الحج فإنه يمنع من الوطء أيضاً ، ويضرب له أجل المولي ، وقاله ابن نافع بعد هذا ، وهو تفسير ، والله أعلم ـ .

قال : فإن فعل مايبرُّ به من الحج إن كان يدركه ، أو الخروج إلى البلد قبل الأجل بَرَّ ، وإن حل الأجل ولم يفعل ماأمكنه من ذلك طلق عليه ، فإن ارتجع وفعل

---

(١) انظر : المدونة ٣/٩٠ .

الحج ، أو الخروج إلى البلد قبل انقضاء العدة ثبتت رجعته ، لأن فيئته هاهنا فعله ، وأما في نفس الإيلاء فالوطء فيئته .

وقال ابن نافع عن مالكٍ في الحالف بالطلاق ليحجن ، ولم يسمِّ العام الذي يحج فيه : إن له الوطء مابينه وبين أول حجة ، فإذا جاء إبّان الخروج الذي يدرك فيه الحج من بلده ، فحينئذٍ لايمسها حتى يحج[١] .

وقال ابن القاسم في المستخرجة[٢] : لايطأ حتى يحج ، وإن كان بينه وبين ذلك زمانٌ فليحرم ويخرج ، وإن رضيت امرأته أن تقيم بلامسيس فليحجج متى شاء وإن رفعت أمرها إلى السلطان وطلبت المسيس ، قيل له : أحرم وإن كان ذلك في الحرم ، فإن أبى أن يحرم ضرب له أجل المولي ، فإن أحرم في ذلك الأجل لم يطلق عليه ، وإن حل أجل الإيلاء ولم يحرم طلق عليه ، وذكر سحنون في كتاب ابنه هذه الرواية / وذكر رواية ابن نافع[٣] وقال بها[٤] . [٤/أ]

قال الشيخ : ولو سمَّى العام الذي يحج فيه لم يكن مولياً ، لأنه لايمنع من الوطء ، لأنه ضرب لفعله أجلاً ، فهو على برٍّ بالتأجيل .

ابن المواز : وكل من حلف على فعلٍ أو خروجٍ إلى بلدٍ ، وذلك لايمكنه حينئذٍ لم يكن على حنثٍ حتى يأتيه وقتٌ يمكنه ، فمن يومئذٍ يكون على حنث ، وكذلك إن لم يكن لخروجه وقتٌ إلا أنه منعه فساد طريقٍ أو غلاء كراءٍ ، فهو عذر ، وكذلك يمينه ليكلمن فلاناً وهو غائب ، فلايوقف حتى يقدم فلان وإن طالت غيبته ، وإن مات في غيبته ماكان عليه شئ ، وإن كان حاضراً وطال مقامه بما يمكنه الفعل فلم يفعل حتى مات فلان فقد حنث ، والحالف على خروجٍ لو أمكنه فمنع من الوطء لم يرجع إليه ، وإن جاء بعد ذلك وقتٌ لايمكنه لفوات

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٣/٩١-٩٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٥ .

(٢) أي فيمن قال : إن لم أحج فامرأتي طالق .

(٣) عن مالك ، وهي التي تقدمت قريباً .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٠/أ،ب .

ماكان أمكنه ، فإن وطئ جهلاً لم ينفعه ذلك ، ويضرب له أجل المولي إن طلبت ذلك ، فإذا حلّ طلقت عليه ، والحالف ليحجن إذا جاء إمكان الخروج للحج منع من الوطء حينئذ ، ثم إذا فات وقت الخروج فرفعت أمرها ضرب لـه أجل الإيلاء ثم طلق عليه لحلوله[١] ، لأنه لايقدر على الفيئة ، ولايحج وسط السنة ، ورواه عبدالملك عن مالك ، وهو أحب مافيه إلي .

وقال ابن القاسم : إذا أمكنه الخروج فلم يخرج حتى فاته طلق عليه .

وقال أشهب : وقال : يمنع وقت إمكان الخروج ، فإن فاته الخروج رجع إلى الوطء حتى يأتي وقت الخروج أيضاً .

وقال عبد الملك : لايمنع حتى يفوته الوقت ويعلم أنه لو خرج لم يلحق ، فيمنع حينئذٍ ويكون مولياً إن رفعته ، وروايته عن مالكٍ أحب إلينا .

قلت : فإن تأخر ضرب الأجل بتأخير رفعها حتى صار يمكنه الخروج ثانية؟

قال : يضرب له الأجل حينئذٍ ، لأنه ممن منع الوطء مرة ، فإن لم يتم حجه قبل الأربعة أشهرٍ طلق عليه .

والحالف : لاأطؤك حتى أخرج إلى الحج ، هو من يوم حلف مولٍ ، والأجل من يوم يمينه ، ويطلق عليه لحلوله إن لم يخرج .

ابن القاسم : وإن حلف بالطلاق ليحجنَّ فُلانٌ ، لم يمنع منها حتى يأتي إبّان الحج ، فإما حجَّ أو طُلِّق عليه .

ابن المواز : إذا زال وقت الخروج طلق عليه ، بخلاف الحالف على نفسه ليحجنَّ ، فيذهب إبّانه ، فهذا مولٍ[٢] .

وقال عنه عيسى في العتبية : والقائل : إن لم يحج فلان ، كالقائل : إن لم أحج أنا ، ويضرب له أجل الإيلاء ، وأما إن قال : إن حج فلان ، أو فعل كذا ، فلاشيء عليه في رواية محمد وعيسى حتى يفعل فيحنث[٣] .

---

(١) في ز "لم تطلق عليه بحلوله" .

(٢) انظر : المصدر نفسه ل٣٧٠/أ،ب .

(٣) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٧٩/٦ ، النوادر والزيادات ل٣٧١/ب .

ومن المدونة : قال ابن القاسم عن مالك : ومن قال لرجلٍ : امرأته طالقٌ إن لم تهب لي ديناراً ، أو قال لامرأته النصرانية : أنت طالقٌ إن لم تُسلمِ ، حيل بينه وبينها ، ولم يدخل عليه في هذا إيلاء ، ولكن يتلوَّم له الإمام على قدر مايرى أنه أراد بيمينه ، فإن أسلمت ، أو وهب له الأجنبي الدينار وإلا طلقت عليه[1] .

ابن المواز : ولايكون الاجتهاد في التلوم فيما زاد على أجل الإيلاء ، بل من الناس من يرى أن وجه يمينه شهر ، أو أكثر من ذلك ، أو أقل على قدر مايرى أنه أراده[2] .

ومن المدونة : وإنما يدخل الإيلاء في هذا على من حلف ليفعلن هو نفسه فعلاً يجوز له ، وأما أن يحلف على معصيةٍ كقوله : أنت طالقٌ لأقتلنَّ فلاناً ، أو لأشربنَّ خمراً ، فلايتلوَّم في هذا ويطلق عليه السلطان مكانه ، ويعتق عليه[3] إن كان عتقاً .

ربيعة : وكذلك قوله : لأضربنَّ فلاناً ، إلا أن يجب عليه ضربه بحقٍ ، فيدخل عليه الإيلاء .

قال ابن شهاب : وإن حلف[4] ليفعلنَّ مايجوز له إلى أجل ، لم يُحَلْ بينه وبينها ، فإن لم يؤجل ضرب له الأجل فإن فعل ماحلف عليه فبسبيل ذلك ، وإلا فُرِّق بينه وبين امرأته / صاغراً قَمِيئاً . [٤/ب]

قال ربيعة : وإن حلف بطلاق امرأته ليخرجنَّ إلى إفريقية ، أو ليتزوجنَّ عليها ، فإنه يوقف عن وطئها ، ويضرب له الأجل[5] .

---

(١) انظر : المدونة ٣/٩٢ ، تهذيب المدونة ص١٢٥ .
(٢) انظر : النكت والفروق ل٣٨/أ .
(٣) "عليه" ليست في أ ، ب .
(٤) في أ "فعل" .
(٥) قال الليث : ونحن نرى ذلك . انظر : المدونة ٣/٩٢ .

[الباب الثالث]
فيمن آلى من أجنبية أو صغيرة أو مطلقة أو أربع نسوة أو حلف بعتق عبده ألا يطأ امرأته أو بطلاق امرأة له أخرى

[فصل ١ ـــ فيمن آلى من أجنبية]

قال مالك : ومن قال لأجنبية : والله لاأطؤك ، وأنت علي كظهر أمي ، ثم نكحها لزمه الإيلاء ، ولم يلزمه الظهار ، إلا أن يريد بقوله إن تزوجتك ، فيلزمه الظهار .

فإن قال لها : إن تزوجتك فأنت طالق ، ووالله لاأقربك ، فإن نكحها طلقت عليه ، ثم إن نكحها ثانيةً لزمه الإيلاء .

وإن قال لها : إن تزوجتك فوطئتك فأنت طالقٌ ، كان مولياً يوم التزويج ، فإن وطئها طلقت وسقط عنه[1] الإيلاء ، ويصير إذا تزوجها كمن قال لزوجته : إن وطئتك فأنت طالق ، وقد تقدم الجواب فيها[2] .

ولايجوز لرجلٍ أن يطأ أُمَّ جاريةٍ له قد وطئها بملك اليمين[3] .

فصل [٢ ـــ فيمن آلى من صغيرة]

ومن آلى من صغيرةٍ لايوطأ مثلها لم يؤجل حتى تبلغ حدَّ الوطء ، فمن يومئذٍ يضرب له الأجل[4] .

---

(١) "عنه" ليست في ز .
(٢) انظر ص٨٧٥ .
(٣) انظر : المصدر نفسه ٩٣/٣،٩٤ ، تهذيب المدونة ص١٢٥ .
(٤) انظر : المدونة ٩٤/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٥ .

فصل [٣ ــ فيمن آلى من رجعية]

ومن طلق امرأته طلقةً يملك فيها[١] الرجعة ، ثم آلى منها ، فهو مــولٍ ، فإن مضت أربعة أشهرٍ قبل انقضاء العدة وقف ، فإما فاء وإلا طُلِّق عليه[٢] .

فصل [٤ ــ فيمن آلى من أربع نسوة]

ومن قال لنسائه الأربـع : والله لاأقـرب واحـدةً منكـن ، ولانيـة لـه لواحـدةٍ بعينها ، فيمينه على جميعهن ، فإن ماتت إحداهن أو طلقها ألبتـة كـان علـى إيلائـه فيمن بقي ، فإن وطئ منهن واحدةً حنث في جميعهـن ويكفِّـر ، ثـم لاكفـارة عليـه فيمن وطئ من البواقي ، لأنه لما وطئ حنث ولزمته الكفارة بوطئها ، وسقطت عنـه اليمين ، فإذا وطئ أخرى فإنما يطأ بغير يمين[٣] .

فصل [٥ ــ فيمن حلف بعتق عبده ألا يطأ امرأته]

ومن قال لزوجته : إن وطئتك فعبدي ميمونٌ حرٌ ، فباعه فله أن يطأها ، فإن اشتراه عاد مولياً ، ولايحنث إلا بالوطء وهو في ملكه[٤] .

وإن بيع في تفليسٍ ثـم اشـتراه فقـد قيـل : لاتعـود عليه اليمـين ، وقـال ابـن القاسم : تعود عليه[٥] .

---

(١) "فيها" ليست في ز .

(٢)،(٣) انظر : المدونة ٣/٩٥،٩٦ ، تهذيب المدونة ص١٢٥ .

(٤) انظر : المدونة ٣/٩٥ ، تهذيب المدونة ص١٢٥ .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٧/أ .

قال الشيخ : كمسألة من حلف بحرية عبده ألا يكلم فلاناً ففلس فباعه عليه الإمام ، ثم اشتراه ثم كلمه ، فقال ابن القاسم : يحنث[١] ، وقال أشهب : لايحنث، فهي هذه بعينها .

قال[٢] هاهنا : فأما إن رد الغرماء عتقه فبيع لهم ثم اشتراه فلم يختلف مالكٌ وأصحابه أنه لاشئ عليه[٣] ، وإن رجع إليه العبد بميراثٍ فلاشئ عليه[٤] .

فصل [٦ ـ فيمن حلف بطلاق إحدى امرأتيه ألا يطأ الأخرى]

ومن قال : زينب طالقٌ إن وطئت عزَّة ، فطلق زينب واحدةً ، فإن انقضت عدتها فله وطء عزَّة ، ثم إن تزوج زينب بعد زوجٍ أو قبل زوجٍ عاد مولياً في عزَّة، فإن وطئ عزَّة بعد ذلك أوطئها في عدة زينب من طلاق واحدةٍ حنث ، ووقع على زينب طلقتان الآن تمام الثلاث .

ولو طلق زينب ثلاثاً ثم نكحها بعد زوجٍ لم يعد عليه في عزَّة إيلاءٌ ، لزوال طلاق ذلك الملك ، كمن حلف بعتق عبدٍ له أن لايطأ امرأته ، فمات العبد ، فقد سقطت اليمين ، فلو طلق عزَّة ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج ، وزينب عنده عاد مولياً مابقي من طلاق زينب شئ ،كمن آلى أو ظاهر ثم طلق ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوجٍ فلذلك يعود عليه أبداً حتى يكفّر أو يفئ ـ يعني ظهاراً مجرداً بلايمين حلف بها ـ .

---

(١) وهو قول مالك أيضا ، فقد قال : يحنث ، وليس بيع السلطان مما يخرجه من يمينه ، وبيعه وبيع السلطان واحد . المدونة ، كتاب العتق الأول ١٥٦/٣ .

(٢) أي ابن القاسم .

(٣) في أ "له" .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٧/أ .

وإن قال : زينب طالقٌ واحدةً إن وطئت عزَّة ، فطلق زينب واحدةً ثم وطئ عزَّة في عدتها أو بعد أن نكحها ثانيةً طلقت زينب طلقةً أخرى[١] .

ومسألة من حلف ألا يطأ حتى يموت فلانٌ ، أو يقدم أبوه فقد تقدمت في الباب الأول[٢] .

---

(١) انظر : تهذيب المدونة ص١٢٥ .

(٢) انظر ص ٨٧٥ .

[الباب الرابع]
في إيقاف المولي وفيئته /
والطلاق عليه

[٥/أ]

قال الله سبحانه : ﴿فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ . وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾[١] ، قوله تعالى : ﴿فَإِن فَآءُو﴾ يريد : فإن رجعوا عما حلفوا عليه من ترك الوطء ، لأن الفيء في لسان العرب هو الرجوع[٢] .

وقوله : ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾ يدل [على] [٣] أن الفراق لايقع عليه بتمام الأجل ، إذ لو كان الطلاق واقعاً بحلول الأجل ماقال : ﴿وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ﴾ ، فلم يقع الفراق بالإيلاء بتمام الأجل حتى يوقفه السلطان[٤] [٥] ، وقاله عمر ، وعثمان ، وابن عمر ، وعائشة[٦] ، وبضعة عشر من الصحابة[٧] [٨] ، وكثيرٌ من التابعين رضي الله عنهم أجمعين[٩] .

---

(١) سورة البقرة : آية ٢٢٦،٢٢٧ .

(٢) يقال : فاءَ إلى الأمر يَفيءُ وفاءَه فَيْئاً وفُيوءًا : رجع إليه ، ويقال : فئت إلى الأمر فيئاً ، إذا رجعت إليه النظر . انظر : اللسان ، مادة (فَيَأَ) .

(٣) من تهذيب الطالب .

(٤) في أ ، ب "حتى ترفعه إلى السلطان" .

(٥) فيفيء المولي أو يطلق .

(٦) أخرجها ابن أبي شيبة ، كتاب الطلاق ، باب في المولي يوقف ١٣٣/٤ رقم (١٨٥٥٧، ١٨٥٥٩،١٨٥٦٣) .

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة أيضاً من قول لسليمان بن يسار ١٣٢/٤ رقم (١٨٥٥٨) .

(٨) انظر : تهذيب الطالب ل٣٦/أ .

(٩) وهم عروة بن الزبير والقاسم بن محمد وسليمان بن يسار ويحيى بن سعيد وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وأبو الزناد ومروان بن الحكم ومجاهد وسعيد بن جبير .
انظر : المدونة ٩٧/٣ .

قال ابن القاسم : وإذا مضت سنةٌ للمولي ولم يوقف لم يطلّق عليه ، فإن وقف عند الأجل فلم يفيءْ طلق عليه الإمام واحدة ، فإن قال : أنا أفيء ، لم يعجل عليه بالطلاق واختبره مرةً ومرتين فإن تبين كذبه طلق عليه .

ومن حلف ألا يطأ امرأته إلا في بلد كذا ، ومسافتها أقل من أربعة أشهرٍ أو أكثر ، أو حتى يكلم فلاناً أو يقضيه حقه فهو مولٍ ، فإن وقف بعد الأجل فقال : دعوني أخرج ، فإن كانت البلدة قريبة ، أو الرجل في موضعٍ قريبٍ مثل مايختبر بالفيئة فذلك له ، وإن بَعُدَ ذلك طلق عليه ، ولايزاد فيما أجل الله في الإيلاء ، وقيل له : ارتجع إن أحببت .

وإن جامعها المولي بين فخذيها بعدما أوقفته ، أو قبل أن توقفه فلايفيء إلا بالجماع في الفرج إذا لم يكن له[1] عذر ، ولايفيء بالوطء دون الفرج ولابالقُبلة والمباشرة واللمس ، إلا أن الكفارة تلزمه بالوطء دون الفرج ، إلا أن يكون نوى الفرج فلاتلزمه كفارة ، كقول مالك فيمن حلف بعتق أمته إن وطئها فإنه يحنث[2] بالوطء دون الفرج ، وتُحمل أيمانهم على الاعتزال حتى يخص بنيته الفرج[3] .

قال في كتاب الرجم : وإن جامع المولي في الدبر حنث ، وزال عنه الإيلاء ، ولزمته الكفارة .

قيل : أيسقط عنه الإيلاء وهو لم يكفِّر؟

قال : نعم ، لأن هذا جماعٌ لاشك فيه ، إلا أن يكون نوى الفرج فلاكفارة عليه وهو مولٍ بحاله ـ وطرحه سحنون ولم يقرأه ـ

قال فيه[4] : وإن وطئها بين الفخذين فكفَّر زال عنه إيلاؤه ، لأنه لو كفَّر قبل أن يطأ لسقط عنه الإيلاء ، فكيف إذا كفَّر للإيلاء[5] .

---

(١) "له" ليست في أ ، ب .
(٢) في أ "يحلف" ، وهو تحريف .
(٣) انظر : المصدر نفسه ٣/٩٦-٩٨ ، تهذيب المدونة ص١٢٥ .
(٤) أي قال ابن القاسم في كتاب الرجم .
(٥) انظر : المدونة ٦/٢٥٥ .

ومن كتاب الإيلاء : قال مالك : وأحسن للمولي أن يكفِّر لليمين بالله بعد الحنث ، فإن كفَّر قبل الحنث أجزأه وزال عنه الإيلاء .

وقال أشهب : لايزول عنه الإيلاء حتى يطأ ، وهو أعلم في كفارته ، إذ لعله كفَّر عن يمين بالله سلفت ، إلا أن تكون يمينه في شيءٍ بعينه فيزول .

قال ابن القاسم وغيره : وإذا وقف المولي فعجل حنثه زال عنه إيلاؤه ، مثل أن يحلف بطلاق امرأته ألا يطأ[1] امرأة له أخرى - محمد : ثلاثاً أو بقية الثلاث - .

قال ابن القاسم : أو بعتق عبدٍ له بعينه ، فإن طلق المحلوف بها ثلاثاً أو بقية الثلاث ، أو أعتق العبد أو حنث فيها زال الإيلاء عنه ، وكذلك إن حل الأجل وهو مريضٌ ، أو مسجونٌ ، أو غائبٌ ، وكانت يمينه بما ذكرنا[2] ، أو[3] بصدقة شيء بعينه ، أو بالله لم يطلق عليه ، ولكن يوقف المريض أو المسجون في موضعه ، ويكتب إلى الغائب ، فإن كانت بلده مسيرة شهرٍ أو شهرين فيوقف أيضاً في موضعه ، فإما عجَّلوا الكفارة ، أو إيقاع ماذكرنا من المعينات من عتقٍ أو طلاقٍ أو صدقة ، وإلا طلق على كل واحد التي آلى منها ، فإن قالوا : نحن نفعل ، اختبروا مرةً وثانيةً ، فإن لم يفعلوا طلِّق عليهم .

وقد قال ابن القاسم في يمينهم بالله : أنهم إن فاؤوا بألسنتهم أجزأهم .

قال سحنون : وهذه الرواية أصح من كل ماكان من هذا الصنف / على غير [٥/ب] هذا الوجه[4] ، وعليه أكثر الرواة .

قال ابن القاسم : فإذا أمكنهم الوطء فلم يطؤوا طلق عليهم ، ولو كفَّروا في تلك الحال المتقدمة ثم أمكنهم الوطء فلم يطؤوا فلاإيلاء عليهم ، فإن آلوا بما لايكفَّر قبل الحنث أو بما لاينفعهم تعجيل الحنث فيه قبل الوطء كاليمين إن وطئ

---

(١) "ألا يطأ" ليست في أ .
(٢) أي بطلاق امرأة له أخرى ، أو بعتق عبد له بعينه .
(٣) "أو" مكانها بياض في أ ، ب .
(٤) "الوجه" ليست في أ ، ب .

بعتق عبدٍ بغير عينه ، أو صدقةٍ غير معينةٍ، أو بمشيٍ ، أو بطلاقٍ فيه رجعةٌ فيها أو في غيرها ، فالفيئة لهم بالقول حتى يمكنهم الوطء ، فيطؤوا أو يطلق عليهم[١] ، وبعض هذا من غير المدونة[٢] .

قال مالك في كتاب الظهار : ومن حلف بعتق رقبةٍ غير معينةٍ بأن لايطأ ، فأعتق قبل الوطء إرادة إسقاط الإيلاء عنه[٣] أنه يجزئه ، وأحب إليَّ أن يفعل بعد الحنث[٤] .

قال ابن المواز : قد قال هذا ، وقال أيضاً : لايجزئه ذلك إلا في رقبةٍ معينة[٥].

قال أبو محمد : يريد محمد[٦] في الأحكام وزال الإيلاء عنه ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيجزئه أن يكفِّر عنه به[٧] قبل الحنث[٨] .

ومن الإيلاء : ولايحنث المريض إذا فاء بِلسانه ، وإنما يحنث إذا جامع ، فإن أوقف المولي وهي حائضٌ ، فقال : أنا أفيء ، أُمهِل حتى تطهر[٩] .

ومن غير المدونة : وإن قال في الحيض : لاأفيء ، فروي عن مالك : أنها تطلق عليه[١٠] ـ محمد : ويجبر على الرجعة ـ وروي عنه أيضاً : أنها لاتطلق عليه حتى تطهر[١١] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٣/٩٩، ١٠٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٦ .
(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٨/أ .
(٣) "عنه" ليست في ز .
(٤) انظر : المدونة ٣/٨٢ .
(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٧/أ .
(٦) "محمد" ليست في أ .
(٧) أي بالعتق .
(٨) انظر : المصدر نفسه ل٣٦٧/أ .
(٩) انظر : المدونة ٣/٩٩ ، تهذيب المدونة ص١٢٦ .
(١٠) وهو قول ابن القاسم .
(١١) وهي رواية أشهب عنه . انظر : المنتقى ٤/٣١ .

قال الشيخ : وذكر عن أبي القاسم بن الكاتب في قول محمد : ويجبر على الرجعة : ماأرى هذا على قول مالك ، لأن الجبر على الرجعة فيمن طلق في الحيض إنما العلة فيه تطويل العدة ، والمرأة هاهنا هي الطالبة له في ذلك ، وأيضاً فلو كان يجبر[1] على الرجعة ماأوقفه السلطان ، لأنه كيف يطلق عليه طلاقاً لاينبغي ثم يجبر على الرجعة ، ولو كان يجبر على الرجعة عند مالك لذكره[2] .

قال الشيخ : وإنما جبره محمد على الرجعة ، لأن الطلاق الواقع في الحيض بسببه ، إذ قال : لاأفيء ، وكأنه قال : لاأفيء إذا طهرت ، فوجب إيقاع الطلاق عليه الآن ، إذ لايزاد فيما أجّل الله ، فلما[3] وقع الطلاق بسببه في الحيض ، فكأنه هو أوقعه ، فوجب جبره على الرجعة ، ويحتمل ألا يخالف ذلك مالك ، كما لو جعل طلاقها بيد رجلٍ فطلقها في الحيض ، أنه يجبر على الرجعة ، والله أعلم .

قال ابن القاسم في المدونة : وإن آلى صحيحٌ ثم مرض فلم يفيء بالكفارة فطلق عليه ثم مات من مرضه ذلك ورثته[4] .

ابن المواز : ومن تظاهر من امرأته ثم آلى منها ثم وقف الأجل فله عذرٌ بالظهار كالعذر بالمرض ونحوه ، ولكن لايقبل منه إن قال : أنا أفيء بالوطء ، فإن كانت يمينه يقدر أن يسقطها أو يكفرها أُمِرَ بذلك ، فإن فعل بقي مظاهراً ، ثم لايدخل عليه الإيلاء حتى يتبين صدقه ، وذلك أن يقدر على الكفارة فلايفعل ولايفيء بالمصاب ولايمكّن منه ، ولاينفعه إن فعل[5] .

---

(١) "يجبر" ليست في أ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٨/أ .

(٣) في أ "فلو" .

(٤) قال ابن القاسم : وأجعله فارًّا ، أي من توريثها .
انظر : المدونة ٩٩/٣، ١٠٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٦ .

(٥) النوادر والزيادات ل٣٦٩/أ .

قال الشيخ : لأنه ممنوعٌ من الوطء كما لو لم يطأ ، ولكن تلزمه كفارة الظهار ، فإن كفَّر زال عنه الإيلاء ، أي له الوطء .

ومن العتبية : قال أصبغ : وإذا حل أجل المولي وقد فقد وكشف عنه الإمام وصار ممن يضرب له أجل الفقد فليأتنف له أجل المفقود ، ولايطلق عليه بالإيلاء ، إذ لعله ميت .

وأما إن جُنَّ أو أغمي عليه فليوكل الإمام به من ينظر له ، فإن رأى ألا يفيء طلق عليه ، وإن رأى له[1] أن يفيء كفَّر عنه إن كانت يمينه تمنعه الوطء ، أو يعتق عنه إن كانت يمينه بعتق رقبة ، ولو وطئها في حال جنونه كان ذلك له فيئة ، ويكفِّر عنه وليه إن كانت يمينه بعتق رقبة[2] في صحته ، ويخلي بينه وبين وطئها إلا أن يخاف أذاه .

ولو كانت يمينه بالطلاق أن / لايطأها إلا في بلد كذا ، أو حتى يغزو فلوليه [٦/أ] أن يلزمه هذه الطلقة ، وله أن يخرج به إلى البلد الذي حلف على الوطء به أو يغزو به ثم يرده فيطأ[3] .

---

(١) "له" ليست في ز .

(٢) "بعتق رقبة" ليست في أ ، ب .

(٣) ولايطلق عليه .

انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٩٤/٦، ٣٩٥ ، النوادر والزيادات ل٣٦٩/أ،ب .

[الباب الخامس]
فيمن ترك وطء زوجته ، أو آلى وهو خصي أو شيخ أو شاب ثم قطع ذكره

[فصل ١ ــ فيمن ترك وطء زوجته]

قال مالك رحمه الله : ومن ترك وطء زوجته لغير عذرٍ ولاإيلاءٍ لم يترك ، فإما وطئ أو طلق وبذلك يقضي[١] - يريد ويتلوَّم له مقدار أجل الإيلاء أو أكثر[٢] إذ لو حلف على مقدار أجل الإيلاء لم يطلق عليه ، فكيف إذا ترك من غير يمين .

قال مالك : وقد كتب عمر بن عبد العزيز إلى قوم غابوا بخُراسان وخلفوا أهليهم ، فكتب إلى أمرائهم : إما أن يقدموا أو يرحِّلوا نساءهم إليهم أو يطلقوا .

قال مالك : وذلك رأي ، وأُرى أن يقضى به .

قال مالك : ومن تزوج امرأةً بكراً أو ثيباً فوطئها مرةً ، ثم حدث له من أمر الله مامنعه من[٣] الوطء ، وعلم أنه لم يترك ذلك وهو يقدر عليه ، ولايمين عليه ، فلايفرق بينه وبينها أبداً[٤] .

---

(١) "وبذلك يقضي" ليست في ز ، ومكانها بياض في أ .

(٢) في أ ، ب "وأكثر" .

(٣) "من" ليست في أ .

(٤) انظر : المدونة ٣/١٠٠،١٠١ ، تهذيب المدونة ص١٢٦ .

فصل [٢ ــ فيمن آلى وهو خصي ، أو شيخ أو شاب ثم قطع ذكره]

وإن آلى خصي أو شيخ كبير[١] وقد تقدم له فيها وطء ، أو آلى الشاب ثم قطع ذكره لم يوقفوا ولاحجة لنسائهم[٢] .

قال في العتبية : ولو قطع ذكر المعترض في الأجل فرّق بينهما مكانه ، وليس كالمولي يقطع ذكره في الأجل ، فلاحجة لهذه ، لأنه قد تقدم له فيها وطءٌ[٣] .

---

(١) "كبير" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ١٠١/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٦ .

(٣) أما الأول فلم يطأ قط . انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٣٨١/٦،٣٨٢ .

[الباب السادس]
في رجعة المولي وعودة الإيلاء عليه

قال مالك : وإذا طلق السلطان على المولي ، وقد بنى فله الرجعة في بقية العدة ، ويتوارثان ما لم تنقض العدة ، وإن ارتجعها بالقول فواسعٌ أن يخلي بينه وبينها فإن لم يطأ حتى دخلت في أول دم الحيضة الثالثة حلت ، ولم تكن تلك رجعة إلا لمعذورٍ بمرضٍ أو بسجنٍ أو سفرٍ ، فرجعته رجعةٌ بالقول ، ثم إذا أمكنه الوطء بعد العدة فلم يطأ فرق بينهما ، وأجزأتها العدة الأولى إلا أن يكون خلا بها وأقر أنه لم يطأ فلتأتنف العدة ، ولايكون له عليها رجعة في هذه العدة المؤتنفة ، لأنه أقر أنه لم يطأ ، وإن قال أولا : وطئتها ، وأنكرت ، فالقول قوله مع يمينه .

قال مالك : وإذا طُلِّق على المولي قبل البناء فلارجعة له ؛ قال : وإن طُلِّق عليه[1] وقد بنى ،ثم لم يرتجع بالوطء حتى تمت العدة ثم تزوجها بعد ذلك فعاد الإيلاء عليه ولم يطأ ، فأوقفته لتمام الأجل من يوم نكاحه الثاني فلم يفئ فطلق عليه فإنه لارجعة له هاهنا ، إذ لاعدة عليها ، لأنه لم يبن بها في النكاح الثاني[2] .

قال مالك : وإن طلق على المولي للأجل وهي مستحاضةٌ فارتجع ولم يطأ حتى مضت أربعة أشهرٍ ثانيةً ولم تتم العدة ، لأن عدتها سنةٌ فلايوقف ثانيةً ولكنه إن وطئ في العدة فهي رجعة ، وإن لم يطأ حتى تمت العدة لم تكن رجعةً .

وإن آلى من امرأته بعد البناء ثم طلقها واحدةً فحل أجل الإيلاء قبل تمام العدة وقف ، فإن طلق عليه الإمام كانت طلقةً أخرى ، فإن تمت العدة قبل الأجل فقد بانت منه ، ثم إن نكحها بعد ذلك عاد مولياً ، ووقف لأربعة أشهرٍ من يوم نكحها هذا النكاح الثاني لالتمام الأجل الأول[3] .

---

(١) "عليه" ليست في ز .
(٢) انظر : المدونة ٣/١٠٣،١٠٤ ، تهذيب المدونة ص١٢٦ .
(٣) انظر : المدونة ٣/١٠١،١٠٢ ، تهذيب المدونة ص١٢٦ .

قال ابن المواز : وكذلك يمينه : لاراجعتك ، فليوقف ، فإن ارتجع وإلا طلق عليه طلقةً أخرى ، وتثبت على عدتها[1] .

ومن المدونة : قال مالك : والمولي إذا لم يفئ فيطلق عليه فكلما نكحها عاد موليًا ، وطلقت عليه بعد الوقوف وإن بعد ثلاث مراتٍ / فأكثر ما لم يطا أو يكفِّر ، [٦/ب] كالظهار يعود عليه أبداً أبتَّها أو لم يُبتَّها ما لم يكفِّر - يريد ظهاراً مجرَّداً ، أو حنث بظهارٍ لأمرٍ حلف به و لم يحنث .

قال مالك : وإن آلى منها إلى أجلٍ بعيدٍ فطلق عليه لأجل الإيلاء ، ثم نكحها بعد ذلك ، فإن بقي من أجل يمينه أكثر من أربعة أشهرٍ عاد موليـاً ، وإن لم يبق منه إلا أربعة أشهرٍ فأدنى لم يكن موليًا[2] .

---

(١) وتحل بتمامها وإن قل مابقي منها ولو يوم أو ساعة .
انظر : النوادر والزيادات ل٣٦٦/ب .

(٢) انظر : المدونة ١٠٢/٣،١٠٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٦ .

[الباب السابع]
في إيلاء العبد والكافر

[فصل ١ ــ في إيلاء العبد]

وقد جعل الله تعالى حد العبد نصف حد الحر[١]، والطلاق والإيلاء من معاني الحدود، ويجرّان إلى مايوجبها.

قال مالك: وطلاق العبد تطليقتان، إذ لاتنقسم الطلقة، وأجله في الفقد والاعتراض والإيلاء نصف أجل الحر[٢].

قال ابن القاسم: وإذا آلى العبد، ثم عتق وقد بقي من أجل إيلائه شهرٌ فلزوجته إيقافه لتمام أجل العبد، ولاينتقل إلى أجل الحر كانت هي حرةً أو أمةً ألا ترى أن مالكاً قال في عبدٍ طلق زوجته تطليقةً وهي حرةٌ أو أمةٌ ثم عتق بعد ذلك: فإنما يبقى له من طلاقه فيها تطليقةٌ واحدةٌ[٣].

ابن المواز: ولو كان إيلاؤه مما يؤتنف فيه ضرب الأجل بالرفع فرفعته بعد عتقه، ضرب له أجل الحر[٤].

ومن المدونة: قال ابن القاسم: وإذا آلى العبد من زوجته وهي أمةٌ فرفعته بعد الشهرين فلم يفيء فطلقها عليه السلطان، ثم عتقت وهي في عدتها لم تنتقل إلى عدة الحرائر، لأن مالكاً قال في الأمة تعتق وهي في العدة من طلاق يملك الزوج فيه الرجعة أم لا: إنها تبني على عدة الأمة ولاتنتقل إلى عدة الحرائر، لأن العدة قد لزمتها يوم طلقها زوجها وهي أمةٌ، فلايُلتفت إلى العتق في ذلك.

---

(١) يشير إلى قوله تعالى في الإماء: ﴿فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَاحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾. سورة النساء: آية ٢٥.

(٢) فأجل إيلائه شهران. انظر: المدونة ٢/٢٠٠.

(٣) انظر: المصدر نفسه ٣/١٠٤، تهذيب المدونة ص١٢٦.

(٤) النوادر والزيادات ل٣٦٧/ب.

قال ابن القاسم : وإذا آلى العبد من نسائه بعتقٍ أو صدقةٍ كان مولياً ، لأنه لو حنث ثم عتق لزمته اليمين ، وسئل مالكٌ عن عبدٍ حلف بعتق جاريةٍ إن اشتراها ولم يذكر أن سيده أمره باليمين؟

فقال مالك : لاأحب أن يشتريها وإن لم يأمره سيده باليمين ونهاه عن ذلك[1] .

قال الشيخ : يريد:سواء أمره سيده باليمين أو لم يأمره ، إذا لم يأمره بالشراء لأنه يقول : أنت معتدٍ في شرائك ، إذ لم آذن لك فيه ، فله أن يرد شراءه ، ولو أذن له في شرائها فهاهنا إن كان قد أمره باليمين وجب عتقها ، وإن كان لم يأمره فله رد عتقها .

فصل [٢ ــ في إيلاء الكافر]

ومن المدونة : قال مالك : وإذا حلف الذمي بعتقٍ، أو طلاقٍ، أو بالله ، أو بصدقة مايملكه ، أو بغير ذلك من الأيمان ألاَّ يقرب امرأته ، ثم أسلم لم يكن مولياً ، وسقط عنه بإسلامه هذا كله ، ألا ترى أن طلاقه لايلزمه ، فكذلك إيلاؤه ، لأن الإيلاء يجرُّ إلى الطلاق[2] .

[كَمُل كتاب الإيلاء بحمد الله وحسن عونه ، وصلى الله على نبينا محمدٍ وعلى آله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا]

---

(١) انظر : المدونة ٣/١٠٤،١٠٥ ، تهذيب المدونة ص١٢٦ .

(٢) أي فله حكمه ، انظر : المدونة ٣/١٠٥ ، تهذيب المدونة ص١٢٦ .

[الكتاب الثاني عشر]
كتاب اللعان[١]

[الباب الأول]
مايوجب اللعان ، وصفته
وعلى من يجب

[فصل ١ ـ في مشروعية اللعان]

قال الله تبارك وتعالى : ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّادِقِينَ . وَٱلْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَاذِبِينَ . وَيَدْرَأُ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَاذِبِينَ . وَٱلْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّادِقِينَ﴾[٢] .

قال ابن شهاب : فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الزوجين فحلفا بعد العصر عند المنبر ، وفرّق بينهما[٣] [٤] .

---

(١) اللِّعان لغةً : قال ابن فارس : اللام والعين والنون أصلٌ صحيحٌ يدل على إبعادٍ وطرد ، يقال : رجلٌ لُعْنَةٌ بالسكون : يلعنُه الناس ، ولُعَنة : كثير اللَّعْن ، واللِّعان : المُلاعَنة .
انظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة (لَعَنَ) .
وشرعاً : هو حلف الزوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض .
شرح حدود ابن عرفة ٣٠١/١ .

(٢) سورة النور : آية ٦-٩ .

(٣) أخرجه الدارقطني ، كتاب النكاح ، باب المهر ٢٧٧/٣ رقم (١١٩) ، والبيهقي ، كتاب اللعان باب أين يكون اللعان ٦٥٣/٧ رقم (١٥٣٠٦،١٥٣٠٧) وفيه محمد بن عمر الواقدي متروك انظر : التقريب ١١٧/٢ رقم (٦١٩٥) .

(٤) انظر : المدونة ١٠٧/٣ .

فكانت بعد سنة المتلاعنين ألا يجتمعا أبداً ، وألحق الولد بالأم ، وقاله عمر[١] وابن عمر[٢] .

قال الشيخ : وأجمع الناس[٣] على ذلك ، فثبت اللعان بدليل الكتاب والسنة وإجماع / الأمة ، وكان ذلك لأن النسب يلحق بالفراش ، ولايمكنه إقامة البينة أنه [٧/أ] ليس منه ، ودعت الضرورة إلى نفي نسبٍ ليس منه ، فجُعِل له طريقٌ إلى نفيه باللعان ، ولولا ذلك لم يكن له طريقٌ إلى قطعه عنه ، ولفسدت الأنساب ، واختلط الصحيح منها بالفاسد ، فهذا سببه والله أعلم[٤] .

واللعان موضوع لشيئين ، لرفع النسب وسقوط الحد بالقذف عن الزوج[٥] .

[فصل ٢ ــ فيما يوجب اللعان]

ومن المدونة : قال مالك : واللعان يجب بثلاثة أوجه ، فوجهان مجمعٌ عليهما ، وذلك أن يدعي أنه رآها تزني كالمِرْوَد[٦] في المُكْحُلة ثم لم يطأها بعد ذلك ، أو ينفي حملاً يدعي قبله استبراءً .

ـ قال محمد : بحيضة فقط ، لأنا نعلم بها براءة الرحم ، قاله مالكٌ وأصحابه إلا عبد الملك فقال : ثلاث حيض ، ورواه عن مالك[٧] ـ .

---

(١) أخرجه البيهقي ، كتاب اللعان ، باب مايكون بعد التعان الزوج من الفرقة ٧/٦٧٣ رقم (١٥٣٥٩) .

(٢) لم أعثر على قول لابن عمر موقوفاً وإنما عثرت عليه مرفوعاً من روايته . أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب يلحق الولد بالملاعنة ٦/١٨١ ، ومسلم ، كتاب اللعان ٢/١١٣٢ رقم (١٤٩٤) .

(٣) "الناس" ليست في أ ، ب .

(٤) قال القرافي : الأصل في القذف التحريم وإيجاب الحد كما هو في الأجنبي ، وإنما أبيح للزوج لضرورة حفظ النسب وشفاء الصدور ، ولما خرج من حيز التحريم لم يناسب العقوبة بالجلد مطلقا ، بل عند عدم ظهور الغرض الصحيح ، وجعل له مخلص بالأيمان المباحة . الذخيرة ٤/٢٨٧ .

(٥) انظر : التلقين ١/٣٣٩ .

(٦) المرود : بكسر الميم الميل الذي يكتحل به . اللسان ، مادة (رَوَدَ) .

(٧) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٢/ب .

والوجه الثالث : أن يقذفها بالزنا ولايدعي رؤيةً ، ولانفي حملٍ ، فأكثر الرواة يقولون : إنه يحد ولايلاعن ، وقاله ابن القاسم مرة ، وقاله المخزومي وابن دينار ، وقالا : إن نفى حملاً و لم يدع استبراءً جُلد الحد ، ولحق به الولد .

وقال ابن القاسم مرة أخرى : إنه إنِ قذف ، أو نفى حملاً لاعن و لم يكشف عن شيء ، وقاله ابن نافع[١] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران رحمه الله أنه قال : إذا نفى حملاًو لم يدع استبراءً فلا يمكن من اللعان .

ولاتكون الحرة أخفض رتبةً من الأمة ، لأن الأمة إذا نفى سيدها حملها و لم يدَّع استبراءً لم ينتف الولد بهذا[٢] .

قال ابن القاسم في كتاب الرجم : قال مالك : من ادعى رؤيةً وأقر أنه وطئ بعدها حُدَّ ولحق به الولد[٣] .

قال الشيخ : واختلف في وصف الرؤية ، فقيل : يجب أن يقول : رأيته كالمروَد في المكحلة ، وقيل : تكفي دعواه الرؤية فقط .

قال الشيخ : فوجه الأولى : أن لعانه يحصل به المعرَّة على المرأة ، ويلزمها الحد وينتفي عنه الولد[٤] ، فغلِّظ في تبيين الصفة ردعاً إن[٥] كان غير مُحقٍ ، كما غُلِّظ في الشهادة[٦] .

ووجه الثانية : قوله تعالى : ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾[٧] وظاهر هذا أن هذا القدر كافٍ ، والفرق بينه وبين الشهود أن به ضرورةً إلى القذف لنفي ولدٍ ليس منه ، ولاضرورة بهم إليه .

---

(١) انظر : المدونة ٣/١١٠،١١١ ، تهذيب المدونة ص١٢٦،١٢٧ .

(٢) تهذيب الطالب ل ٣٩/أ .

(٣) انظر : المدونة ٦/٢٥٢ .

(٤) "الولد" ليست في ز .

(٥) "إن" ليست في أ .

(٦) أي بأنه لايثبت الزنا إلا بأربعة شهود بخلاف غيره من الحدود .

(٧) سورة النور : آية ٦ .

ووجه قوله(١) : يلاعن(٢) إذا قذف من غير إدعاء رؤيةٍ قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾(٣) فعم ، ولأنه قذفٌ مضافٌ إلى الزوجة فجاز تخفيفه باللعان كالمضاف إلى الرؤية .

ووجه قوله : بأنه لايلاعن ويحد ، لأن اللعان يُتَخَلَّص به عن حد القذف ، فوجب أن يحتاج إلى رؤية ، أصله الشهادة ، ولأن اللعان واقعٌ على أفعالٍ يدعيها ، وذلك يتضمن الشهادة ، واعتباراً بالشهود .

وإنما قال : إذا اعترف أنه وطئ بعد أن قال : رأيتها تزني ، إنه يحد ولايلاعن لأن اللعان موضوعٌ لرفع النسب ، ولايمكن رفعه مع اعترافه بالوطء ، لأن الاعتراف بالوطء يوجب إثباته ، ويرفع ماينفيه وهو اللعان ، فلما ارتفع اللعان لم يبق إلا أنه قاذف ، فوجب حده ، وأكثر هذا التوجيه للقاضي عبد الوهاب(٤) .

[فصل ٣ ـــ في صفة اللعان]

ومن المدونة : قال مالك : ويبدأ الزوج باللعان فيشهد أربع شهاداتٍ بالله ، يقول في الرؤية : أشهد بالله إني لمن الصادقين لرأيتها تزني ـ قال أصبغ : كالمرود في المكحلة(٥) ـ ويقول في الخامسة : أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، وتقول المرأة : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين مارآني أزني ، أربع مرات ، وتقول في الخامسة : أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين .

---

(١) أي ابن القاسم وقد تقدم قريباً .

(٢) في أ ، ب "أنه لايلاعن" .

(٣) سورة النور : آية ٦ .

(٤) انظر : المعونة ٩٠٣/٢ .

(٥) أي ويقول :كالمرود في المكحلة . النوادر والزيادات ل٣٧٢/أ .

قال ابن القاسم : ويقول الزوج في نفي الحمل : أشهد بالله لزنيت ، وتقول هي : أشهد / بالله مازنيت[١] . [٧/ب]

أصبغ : وإنه لَمِنه[٢] .

ابن المواز : وروى عيسى عن ابن القاسم أن يقول في نفي الحمل : أشهد بالله إني لمن الصادقين ماهذا الحمل مني .

أصبغ : وأحب إلي أن يزيد : وَلَزَنيتِ .

قال أبو محمد : قول أصبغ : ولقد زنيت ، يُعَارَض فيه ، فقد تكون اغتُصِبت.

قال أصبغ : وإن قال في الخامسة مكان "إن كنت من الكاذبين" : إن كنت كذبتها ، أجزأه ، ولو قالت المرأة في الخامسة في مكان "إن كان من الصادقين" : إنه لمن الكاذبين ، أجزأها[٣] ، وكذلك لو استحلفها الإمام بذلك ، وأحب إلينا مثل لفظ القرآن[٤] .

وقيل : إن كان مريضاً بعث إليه الإمام عدلاً ، وكذلك المريضة إن لم تقدر أن تخرج .

ابن حبيب : واللعان في المرض كالطلاق فيه ، وترثه الزوجة إن مات من مرضه ذلك ، وقاله مالكٌ وأصحابه[٥] .

---

(١) يشهد كل واحد منهما بذلك أربع مرات .
انظر : المدونة ١٠٥/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

(٢) أي وتزيد المرأة في كل مرة : وإنه لمنه . انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٢/أ .

(٣) لاتحاد المعنى .

(٤) أي يقول الزوج في الخامسة : "إن كنت من الكاذبين" وتقول المرأة : "إن كان من الصادقين".

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٣٧٢/أ .

وقال القاضي عبد الوهاب : وإنما بُدئ بالتعان الزوج لورود النص بذلك[١] وقد بدأ النبي صلى الله عليه وسلم هلال بن أمية[٢] في اللعان[٣] ، فإن نكل حُدَّ لقوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾[٤] ، وقوله عليه الصلاة والسلام لهلال بن أمية : "البينة ، وإلاَّ حَدٌّ في ظهرك"[٥] ، فإن التعن سقط عنه الحد وانتقل إليها إلا أن تلتعن هي أيضاً ، وإنما ذلك لأن التعانه جُعل بمنزلة إقامة البينة ، فلما كانت البينة تُسقط الحد عنه فكذلك اللعان ، ويدل على ذلك[٦] أيضاً قوله تعالى عقيب ذكر لعان الزوج : ﴿وَيَدْرَؤُا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾[٧] ، وهي حجتنا على أبي حنيفة في قوله : لاحد عليها[٨] [٩] .

---

(١) يشير إلى قوله : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ﴾ .
سورة النور : آية ٦ .
فبدأ الله تعالى بذكر لعان الزوج .

(٢) هو هلال بن أمية بن عامر بن قيس الأنصاري الواقفي ، شهد بدراً وما بعدها ، وهو أحد الثلاثة الذين تخلفوا عن غزوة تبوك ثم تاب الله عليهم .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ٣/٥٧١ ، الإصابة ٣/٥٧٤ .

(٣) أي على امرأته لما قذفها بشريك بن سَحْماء ، وقد أخرج لعان هلال بن أمية امرأته البخاري ، كتاب الطلاق ، باب يبدأ الرجل بالتلاعن ٦/١٧٨ ، ومسلم ، كتاب اللعان ٢/١١٣٤ رقم (١٤٩٦) .

(٤) سورة النور : آية ٤ .

(٥) أخرجه البخاري ، كتاب الشهادات ، باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة ، وينطلق لطلب البينة ٣/١٦٠ .

(٦) أي على أن التعانه يسقط الحد عنه .

(٧) سورة النور : آية ٨ .
قال القاضي عبد الوهاب : فدل أن الحد قد لزمها بلعانه ، وأن لها التخلص منه بأن تلتعن . المعونة ٢/٩٠٢ .

(٨) أي إن نكلت ، بل تحبس حتى تلتعن أو تصدقه .
انظر : مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٣/٧٥ ، تحفة الفقهاء ٢/٢٢٣ .

(٩) انظر : المعونة ٢/٩٠١،٩٠٢ .

قال الشيخ : وذكر عن ابي القاسم بن الكاتب رحمه الله أنه قال: إن بدأت الزوجة باللعان فقال ابن القاسم : لايعاد عليها اللعان[1] بعد التعان الزوج ، وقال أشهب : يعاد ، قال : وهو أحسن ، لأنها التعنت قبل أخذها بما يوجبه لعان الزوج من حدها أو التعانها ، وقد قال الله سبحانه : ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾[2] ، فموضوع لعانها إنما هو ليُدرأ به العذاب عنها ، وقبل التعان الزوج هو المطالب بقذفها ، إلا أن يلتعن فيسقط عن نفسه حد القذف ، وتصير هي المطالبة بما أوجبه لعانه ، فليس يمينها قبل لعانه مُزيلاً مايوجبه لعانه بعدها[3] .

[فصل ٤ ــ فيمن يجب عليه اللعان]

ومن المدونة : قال مالك : واللعان يكون بين كل زوجين[4] ، كانا مملوكين أو أحدهما ، أو محدودين ، أو كتابيةً تحت مسلمٍ ، إلا أن الكافرين لالعان بينهما[5] .

قال القاضي عبد الوهاب : وقال أبو حنيفة : لايكون إلا بين زوجين يكونان ـ أو أحدهما ـ من أهل الشهادة[6] ، لأنه عنده شهادة ، وعندنا يمين[7] ، ودليلنا أنه بين كل زوجين : قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ...﴾ الآية[8] ،

---

(١) في ز "الفعل" .

(٢) سورة النور : آية ٨ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٨/ب .

(٤) في أ ، ب "واللعان من كل زوجين" .

(٥) انظر : المدونة ١٠٨/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .
قال القرافي : وعدم اندراج الكافر لبطلان عقدهما ، ولعدم توجُّه الحد عليهما في القذف . الذخيرة ٢٩٧/٤ .

(٦) أي على الزوجين بأن لايكونا كافرين ولامملوكين ولامحدودين في قذف .
انظر : مختصر الطحاوي ص٢١٥ ، مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٧٦،٧٥/٣ .

(٧) انظر : الكافي ٦١٠/٢ ، المقدمات الممهدات ٦٣٣/١ .

(٨) سورة النور : آية ٦ .

فهذا عام ، ولأن الضرورة إلى نفي النسب داعيةٌ إلى ذلك ، وفائدة قولنا : إنه يمين، أنه يصح ممن تقبل شهادته وممن لاتقبل شهادته ، ودليلنا قوله عليه الصلاة والسلام في حديث هلال بن أمية : "إن جاءت به على نعت كذا فهو لشَريك"[١] ، فجاءت به على النعت المكروه[٢] ، فقال صلى الله عليه وسلم : "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"[٣] ، ولأنه[٤] مخالفٌ للشهادة بدخول النساء فيه ، ولامدخل لهن في الشهادة على الزنا وتكرار لفظه ، ولعن الملتعن نفسه إن كان مايشهد به بخلاف ماهو به ، وجوازه من الفاسقين ومن ليس من أهل الشهادة ، وكذلك الأعمى[٥] .

---

(١) هو شَريك بن سَحْماء بفتح السين وسكون الحاء المهملتين، وهي أُمُّه ، واسم أبيه عبدة بن مغيث بن الجد بن العجلان البلوي حليف الأنصار ، كان شَريك أحد الأمراء في الشام في خلافة أبي بكر ، وبعثه عمر رسولاً إلى عمرو بن العاص حين أذن له أن يتوجه إلى فتح مصر .
انظر : الاستيعاب مع الإصابة ١٤٨/٢ ، الإصابة ١٤٧/٢ .

(٢) أي الذي ذكره الرسول عليه الصلاة والسلام بقوله : "أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإليتين خَدلَّج الساقين فهو لشَريك" .
أخرجه البخاري ، كتاب التفسير ، سورة النور ، باب ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ ٤/٦ .
وقوله : "خدلَّج الساقين" أي ممتلئهما . انظر : غريب الحديث ٢٦٨/١ .

(٣) أخرجه أبو داود ، كتاب الطلاق ، باب في اللعان ٦٨٨/٢ رقم (٢٢٥٦) ، وأحمد ٣١٣/١ رقم (٢١٣٦) وفيه عباد بن منصور قال عنه الحافظ ابن حجر : صدوقٌ رُمِي بالقدر وكان يدلِّس وتغيَّر بآخره . التقريب ٤٦٨/١ رقم (٣١٥٣) .
لكن الحديث أخرجه البخاري بلفظ : "لولا مامضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن" .
كتاب التفسير ، سورة النور ، باب ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ ٤/٦ .

(٤) أي اللعان .

(٥) انظر : المعونة ٨٩٩/٢، ٩٠٠ .

[فصل ٥ ـــ في ملاعنة الأمة والكتابية]

ومن المدونة : قال مالك : وأما الأمة والكتابية / فلايلاعن الزوج في قذفها [٨/أ] بغير رؤية كان حرًا أو عبدًا ، إذ لايحد قاذفهما ويلاعن فيهما إن أحب إذا نفى حملاً وادعى استبراءً ، أو ادعى رؤيةً لم يمس بعدها لخوف الحمل ، ولو شاء أن يلاعن في قذفها ليحق ذلك عليهما لم أمنعه من ذلك[١] [٢] .

ومن غير المدونة : قال سحنون في حرٍ تحته أمةٌ فابتاعها ثم ظهر بها حملٌ فأنكره أيلاعن؟

قال : إن وضعت لأقل من ستة أشهرٍ من يوم اشتراها وقد أصابها بعد الشراء فاللعان بينهما ، لأنه زوجٌ ، وإن وضعته لستة أشهرٍ فأكثر من بعد الشراء أو الوطء لَحِق به ، لأنه مما يشبه أن يكون من مسيس الملك ، وإن لم يمسها بعد الشراء فإن وضعته لما يشبه أن يكون من وطئه إن كان زوجًا وذلك لخمس سنين فأدنى فاللعان بينهما ، والله أعلم[٣] .

[فصل ٦ ـــ في مكان اللعان]

ومن المدونة : ويلتعن المسلم في المسجد عند الإمام في دبر الصلوات[٤] بمحضرٍ من الناس ، [٥]وروى ابن وهب أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر الزوج والزوجة فحلفا بعد العصر عند المنبر[٦] .

---

(١) "من ذلك" ليست في أ ، ب .

(٢) وإن لم يرد ذلك لم يكن عليه شيء ، لأنه لاحد عليه في قذفه إياها .
انظر : المدونة ٣/١٠٩ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

(٣) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٣/ب .

(٤) وهذا من باب التغليظ فيه بالمكان والزمان .

(٥) لقوله تعالى في حد الزنا : ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ سورة النور : آية ٢ ، فيحضرون هاهنا بجامع التغليظ .

(٦) سبق تخريجه ص٩٠٦ .

قال مـالك :وتلاعـن النصرانيـة في كنيسـتها حيـث تُعظَّـم ، وتحلـف بـالله ، وللزوج أن يحضر معها إن شاء أو يدع .

قال ابن القاسم : ولاتدخل هي معه المسجد لأنها تُمنع من المسجد[1] .

قال ابن حبيب : قال مطرف : معنى قـول مـالكٍ في المسـلم تحتـه النصرانيـة فينفي حملها : إنهما يتلاعنان ـ يعني إن طاعت ، ولاتجـبر لأنهـا لـو أقـرت بالزنـا لم تحد ، وكذلك إن قال : رأيتها تزني ، فشاء اللعان خوفاً من ولدٍ فيلتعن ، وترد هي في النكول في هذا إلى أهل دينها ، وقاله ابن عبد الحكم وأصبغ[2] .

وقال ابن الكاتب : إنما جعل لها أن تلتعن إن شاءت لأن ذلك موجبٌ لرفـع عصمته عنها ، ولنفي المعرَّة التي لزمتها بالتعانه ، وقد يكون التعانه يوجب عليهـا في دينها[3] حُكماً فكان لها أن تلتعن لرفعه[4] .

[فصل ٧ ــ في حكم الصغير والصغيرة في اللعان]

ومن المدونة : قال : ولالعان في قذف الصبي لامرأته الكبيرة ، إذ لاحد عليه إذا قذف أو زنى ، ولأنه لايلحقه ولدٌ إن كان . وإذا قذف الحر امرأته الحرة فقال : رأيتها تزني ، وهي لايحمل مثلها من كبرٍ أو صغرٍ ، فإنه يلاعن إذا كـانت الصغـيرة قد جومعت وإن لم تبلغ المحيض ، وكذلـك في قذفهمـا إن كانتـا حرتـين مسـلمتين ليزيل حد قذفه ، وتلتعن الكبيرة ولاتلتعن الصغيرة إذ لاتحـد إذا نكلـت أو أقـرت أو زنت ، كما يلتعن المسلم زوجته الكافرة ، ولاتحـد الكـافرة إن نكلـت أو أقـرت أو

---

(١) انظر : المدونة ٣/١٠٦، ١٠٧ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٦/ب .

(٣) في أ ، ب "ذمتها" ، وهو تحريف .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٨/ب ، ٣٩/أ .

زنت ، وقد قال الله تعالى : ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ ...﴾[١] ، والصغيرة ممن لاعذاب عليها في إقرارها ولافي زناها[٢] .

قال سحنون في كتاب ابنه :وتبقى له زوجة إذا لاعن لأنه نفى عن نفسه الحد ، ولاتلتعن[٣] هي ، وكذلك لو لاعن نصرانية وأبت هي أن تلتعن لبقيت له زوجة إلا أن تلتعن هي فتقع الفرقة بينهما ، وكذلك في كتاب ابن المواز[٤] .

[فصل ٨ ــ في لعان الأعمى والأخرس]

ومن المدونة : ويلتعن الأعمى في الحمل بدعوى الاستبراء ، وفي[٥] القذف ، لأنه من الأزواج فيحمل ماتحمل .

قال غيره : بعلمٍ يدلُّه على المسيس لابرؤية .

قلت : فالأخرس هل يلاعن إذا قذف بالإشارة أو بالكتاب؟

قال : نعم ، إن فَقِهَ مايُقال له ومايقول[٦] .

---

(١) سورة النور : آية ٨ .

(٢) انظر : المدونة ٣/١٠٨،١٠٩ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

(٣) في ب "وتلتعن" .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٦/أ .

(٥) في أ ، ب "أو" بدل الواو .

(٦) انظر : المدونة ٣/١١٦،١١٧ ، تهذيب المدونة ص١٢٨ .

فصل [٩ ـ في ذكر الأحكام المترتبة على اللعان]

قال مالك : وبتمام اللعان تقع الفرقة بين الزوجين وإن لم يفرق بينهما الإمام ثم لاتحل له أبداً ، وإن أكذب نفسه بعد تمام اللعان لم تحل له أبداً ولكن يُحد ويُلحق به الولد .

قال مالك : وتلك السنة عندنا لاشك فيها[(١)] .

قال القاضي عبد الوهاب : وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم للزوجين[(٢)] لما التعنا : "حسابكما على الله ، أحدكما كاذب ، لاسبيل لك عليها"[(٣)] [(٤)] . / [٨/ب]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : إلا أن يكذب نفسه وقد بقي من لعان الزوجة ولو مرةً واحدةً ، فيُحد ، وتبقى له زوجة ، ولو لاعن من نفي حملٍ ثم انفشَّ لم تحل له أبداً إذ لعلها أسقطته وكتمته[(٥)] .

قال القاضي عبد الوهاب : وينتفي النسب بالتعان الزوج وحده ، ولايفتقر إلى التعان المرأة ، لأن التعانها إنما هو لإكذاب الزوج وإسقاط الحد عنها ، ولايجوز أن يُثبتَ الشيء بما ينفيه[(٦)] .

---

(١) قال ابن وهب : وقال ابن شهاب ويحيى بن سعيد وربيعة بنحو ذلك .
انظر : المدونة ١٠٧/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

(٢) وهما عويمر العجلاني وزوجته .

(٣) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب قول الإمام للمتلاعنين إن أحدكما كاذب فهل منكما تائب ١٠٨/٦ ، ومسلم ، كتاب اللعان ١١٣٢/٢ رقم (١٤٩٣) .

(٤) وقال القاضي أيضاً : ولأنه لما قطع النسب الذي هو أقوى من الفراش كان بأن يقطع الفراش أولى . انظر : المعونة ٩٠٨/٢ .

(٥) انظر : المدونة ١٠٨،١٠٧/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

(٦) انظر : المعونة ٩٠٦/٢ .

قال ابن القصّار : وفُرقة المتلاعنين عندنا فسخ[١] ، وبه قال الشافعي[٢] ، وقال أبو حنيفة : هي طلقةٌ بائنةٌ[٣] ، وعندنا وعند الشافعي هو تحريمٌ مؤبَّدٌ[٤] ، وقال أبو حنيفة : إن أكذب نفسه جاز أن يتزوجها[٥][٦] .

وفي كتاب ابن الجلاَّب : أن الملاعنة قبل البناء لاصداق لها[٧] ، وهذا بناءً على أصلهم أنه فسخ ، فلذلك لم يجعل لها نصف الصداق .

ولمالكٍ في الموطأ : أن لها نصف الصداق[٨] ، وهو مذهب المدونة[٩] .

وقال ابن الجلاَّب فيمن اشترى زوجته قبل البناء : أن لها نصف الصداق[١٠]، وهذا خلاف قول مالكٍ وأصحابه في المسألتين فاعلمه[١١] .

قال الشيخ : وذكر عن أبي عمران أنه قال في أهل الكتاب إذا تراضوا أن يحكم بينهم في اللعان بحكم الإسلام فنكلت المرأة عن اللعان : فعلى قول عيسى تُرجم ، وعلى ماقال البغداديون لاتُرجم ، لأن أنكحتهم فاسدة ، وإنما يجب على من نكل منهم الحد كالمتلاعنين قبل البناء[١٢] .

---

(١) انظر : التفريع ٢/١٠٠ ، المنتقى ٤/٧٨ .
قال أبو الوليد الباجي : وإنما حكمنا بكونه فسخاً لأنهما مغلوبان على الفرقة من غير إيقاع مُوقِع ، والطلاق لايكون إلا بإيقاع مُطلِّق .

(٢) انظر : الأم ٥/٤١٧ .

(٣) انظر : مختصر الطحاوي ص٢١٥ ، تحفة الفقهاء ٢/٢٢٢ .

(٤) انظر : الرسالة ص٢٠٤ ، التلقين ١/٣٤٠ ، مختصر المزني مع الأم ٩/٢٢٥ .

(٥) انظر : مختصر الطحاوي ص٢١٥ ، مختصر القدوري مع شرحه اللباب ٣/٧٨ .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٩/ب .

(٧) انظر : التفريع ٢/٣٩ .

(٨) انظر : الموطأ ٢/٤٤٦ .

(٩) انظر : المدونة ٣/١١٨ .

(١٠) انظر : التفريع ٢/٣٩ .

(١١)،(١٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٩/ب .

[الباب الثاني]
في نفي الحمل بعد رؤيته مدة ، والإقرار به وما يلزم في ذلك

[فصل ١ ـ في نفي الحمل بعد رؤيته مدة]

قال مالك : وكل مقيم مع زوجته ببلد يرى حملها ولم ينتفِ منه حتى وضعته فليس له أن ينتفي منه بعد ذلك كانت امرأةً حرةً ، أو أمـةً ، أو كتابيـةً[1] ، وإن انتفى منه حين ولدته وقد رآها حاملاً فلم ينتف منه جلد الحد إن كانت زوجته حرةً مسلمةً ، لأنه صار قاذفاً ، وإن كانت كتابيةً[1] أو أمةً لم يُحد ، إذ لايُحد قاذفهما[2] .

قال ابن القاسم : وإذا ظهر الحمل ، وعَلِم به ولم يدعه ولاانتفى منه شهرًا ، ثم انتفى منه بعد ذلك لم يقبل قوله ، وضُرب الحد إن كانت زوجته حرةً مسلمةً ، وإن كانت كتابيةً[1] أو أمةً لم يُحد ويُلحق به الولد ، ويجعل سكوته هاهنا إقراراً منه بالحمل .

قلت : فلو رآه يوماً أو يومين وسكت[3] ، ثم انتفى منه بعد ذلك؟

قال : إذا ثبتت البينة أنه قد رآه فلم ينكر ، أو أقر به ثم أنكر[4] بعد ذلك ، لم يكن له ذلك ، وأما إن قدم من سفره فله أن ينتفي من الحمل وإن كان ظاهراً[5].

---

(١) في ز "كافرة" في المواضع الثلاثة .

(٢) انظر : المدونة ١٠٩/٣ ؛ تهذيب المدونة ص١٢٧ .

(٣) في أ ، ب "ثم" بدل الواو .

(٤) "ثم أنكر" ليست في ز .

(٥) أنظر : المدونة ١٠٩/٣،١١٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

فصل [٢ ـــ في الإقرار بزنا زوجته وما يلزم في ذلك]

قال مالك : ومن قال : رأيت اليوم امرأتي تزني و لم أجامعها بعد ذلك ، إلا أني قد وطئتها قبل الرؤية في اليوم أو قبله ، و لم يستبرئ فإنه يلاعن ، ولايلزمه ماأتت به من ولد إلا أن يطأها بعد الرؤية فلايلاعن ويحد .

قال مالك : وإذا لاعن كما ذكرنا نفي بذلك الولد ، فإن قال : لاأدري هل هو مني أم لا ، لأني كنت أطأ و لم أستبرئ ، فالولد إذا لاعن منفي .

وقد اختلف في ذلك قول مالك ، فمرةً ألزمه الولد ، ومرةً لم يلزمه الولد[١] ومرةً قال : ينفيه وإن كانت حاملاً[٢] .

قال الشيخ : فوجه قوله : إذا ظهر حملٌ بعد التعانه بالرؤية فإنه لايلحق به : لأن أصل اللعان لنفي النسب ورفع الحد عنه ، فإذا كان كذلك فقد سقط الحد عنه ويضمن ذلك نفي حمل إن حدث .

ووجه القول بأنه / يلحق به : أن الالتعان الماضي كان لإسقاط الحد ، لأنه [٩/أ] لم يكن هناك حملٌ يَعلم به فيقصد نفيه ، فإذا ظهر حملٌ احتاج في نفيه إلى التعان يخصه ، فإذا التعن على الشرط الذي يلتعن به في رفع النسب سقط عنه وإلا لَحِق به.

ووجه قوله : ينفيه وإن كانت حاملاً : لأنه كان[٣] قصد نفيه بالتعانه إذا كان ظاهراً والتعن و لم يدعه[٤] .

---

(١) "الولد" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٣/١١٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

(٣) "كان" ليست في ز .

(٤) انظر : المعونة ٢/٩٠٣،٩٠٤ .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وأحب مافيه إلي أنه إن كان بها يوم الرؤية حملٌ ظاهرٌ لاشك فيه أو وضعته لأقل من ستة أشهرٍ من يوم الرؤية أن الولد يلزمه ويلحق به إذا التعن على الرؤية[١] .

قال الشيخ : لأنه قد بان أن الولد ليس بهذه الرؤية ، وهو إنما التعن لها خاصةً فوجب أن يلحق الولد به .

ابن المواز : وقال أشهب وعبد الملك وابن عبد الحكم : لاينفيه إلا بلعان يدعي قبله استبراء ، ولايُنفى ولدٌ برؤية .

قال ابن المواز : ولو ادعى مع الرؤية استبراء كان منفياً لاشك فيه[٢] .

قال الشيخ : يريد : لأنه[٣] إذا ادعى الاستبراء عَلم براءة الرحم من مائه . وقيل : ينفيه باللعان .

ووجه قوله : ينفيه وإن لم يدّع استبراءً ؛ فلأن دعواه الاستبراء لايُعلم حقيقته إلا من جهته ؛ فوجب أن يقبل قوله في هذا ، إذ لو شاء : قال : كنت استبرأت .

قال الشيخ : والأول أبين .

ومن المدونة : وقال المخزومي : إن أقر بالحمل وادعى الرؤية لاعن ؛ فإن وضعته لأقل من ستة أشهرٍ من يوم الرؤية فالولد منه . فإن كان لستة أشهرٍ فأكثر فهو للعان[٤] ، وإن ادعاه بعد ذلك لحق به وحُد[٥] .

قال الشيخ : معنى قول المخزومي ـ والله أعلم ـ : إن أقر بالحمل وادعى الرؤية ، أي : أقر أنها حملت بهذا الولد وأنه ولدها ، ولكن رأيتها تزني منذ مدة

---

(١) انظر : المدونة ٣/١١٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٢/ب .

(٣) "لأنه" ليست في ز .

(٤) قال : واعترافه به ليس بشيء .

(٥) انظر : المدونة ٣/١١٠،١١١ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

كذا ، فاعتبرنا إيلاده بعد الرؤية[1] لأقل من ستة أشهرٍ فيُعلم أنه ليس لتلك الرؤية، وإن ولدته لستة أشهر فأكثر جاز أن يكون لتلك الرؤية ، وقد التعن لها ، وادعى أن هذا الولد لها ، فهو كما لو التعن عليه .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ويلاعن في الرؤية من لايدعي استبراء ، فإن وضعت لأقل من ستة أشهرٍ من يوم الرؤية لحق به الولد[2] ،ولاينفعه إن نفى ولايحد ولو قال بعد الوضع لأقل من ستة أشهر : كنت استبرأت ، ونفاه كان للعان الأول[3] .

ابن المواز : وقاله أشهب .

ـ **قال الشيخ** : لأنه ادعى مع الرؤية استبراءً فقُبل قوله في ذلك كما لو ادعاه من يوم الرؤية ـ .

وقال عبد الملك وأصبغ : لاينفي إلا بلعانٍ ثانٍ[4] [5] .

قال الشيخ : لأن اللعان الأول إنما كان للرؤية[6] خاصة .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ثم إذا ادعاه وأكذب نفسه في الاستبراء لحق به الولد[7] وحُد ، إذ باللعان نفيناه فصار قاذفاً[8] .

ابن المواز : لايحد إذا نفى بلعان[9] الرؤية[10] .

---

(١) في أ ، ب زيادة "على ذلك" .

(٢) "الولد" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المدونة ١١٧/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٨ .

(٤) في ز "تام" ، وهو تحريف .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٢/ب .

(٦) في ز "للزوجة" ، وهو تحريف .

(٧) "الولد" ليست في أ ، ب .

(٨) انظر : المدونة ١١٧/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٨ .

(٩) في ز "لعان" .

(١٠) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٢/ب .

قال الشيخ : يريد محمد : أن لعان الرؤية الذي رفع به الحد عن نفسه بأن لم يرجع عنه ، ولاأكذب نفسه فيه ، وإنما أكذب نفسه في الاستبراء فلذلك لم يحد عنده ، لأنه لايحد إلا من رجع عما رفع به الحد عن نفسه ، وهو الصواب .

[فصل ٣ ــ في ملاعنة من ولدت ولدين]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإذا ولدت المرأةولدين في بطن [واحدٍ][1] أو وضعت ولداً ثم وضعت آخر بعده لخمسة أشهرٍ فهو حملٌ واحدٌ ، فإن أقر الزوج بأحدهما ونفى الآخر حُد فأُلحقا به جميعاً ، ولو وضعت الثاني لستة أشهرٍ فأكثر ؛ فهما بطنان فإن أقر بالأول ونفى الثاني وقال : لم أطأها بعد ولادة الأول ، لاعن ونفى الثاني ، إذ هما بطنان ، وإن قال : لم أجامعها من بعد ماولدت الأول وهذا الثاني ولدي ، فإنه يلزمه ؛ لأن / الولد للفراش ، وسئل النساء ؛ فإن قلن : إن الحمل يتأخر هكذا ، لم يحد ، وكان بطناً واحداً ، وإن قلن : لايتأخر ؛ حُد ولحق به ، بخلاف الذي يتزوج امرأة فلم يبن بها حتى أتت بولد لستة أشهرٍ من يوم تزوجت ؛ فإن أقر به الزوج وقال : لم أطأها منذ تزوجتها ؛ هذا يحد ويلحق به الولد[2] . [٩/ب]

قال في كتاب ابن المواز : وكأنه[3] قال : حَمِلت من غيري ، ثم أكذب نفسه باستلحاقه[4][5] .

---

(١) من المدونة وتهذيب المدونة .

(٢) انظر : المدونة ١١١/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

(٣) أي عندما قال : هو ابني و لم أطأها .

(٤) في ز "فاستلحقه" .

(٥) النوادر والزيادات ل٣٧٣/أ .
قال في المدونة : فهذا يدلُّك على أن الحد قد وجب عليه .

قال الشيخ : يريد : ولايسأل في هذا النساء كما يسألن في الأول .

ومن المدونة : ومن قدم من سفرٍ فولدت امرأته ولداً فنفاه والتعن ، ثم ولدت آخر بعد شهرٍ كان منفياً باللعان الأول ، فهذا اللعان الأول ينفي كل ولدٍ لهذا الحمل ، فإن ادعى الولد الثاني حُد ولحقا به جميعاً ، ومن ولدت امرأته ولداً ميتاً ، أو مات بعد الولادة ولم يَعلم به الزوج ، أو كان غائباً ، فلما قدم انتفى منه فإنه يلاعن ، لأنه قاذف[1] .

---

(١) انظر : المدونة ٣/١١١،١١٢ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

[الباب الثالث]
جامع مسائل مختلفة من اللعان

[فصل ١ ــ في ملاعنة المغتصبة]

قال ابن القاسم : ومن زنت زوجته فحدت ، ثم قال : رأيتها تزني ، ولم يقذفها بالزنا الذي حدت له التعن[١] ، فإن أكذب نفسه نكل ولم يحد ، لأنه إنما قذف زانية ، ومن قذف امرأته وقد كانت اغتُصبت التعن ، قال غيره : إن قذفها برؤيةٍ غير الغصب تلاعنا جميعاً ، وإن لم يقذفها وإنما غُصبت واستمرت حاملاً فنفى الولد ؛ لم ينفِ الولد إلا بلعانٍ ولاتلتعن هي إذ تقول : إن لم يكن منك كان من الغاصب[٢] .

قال ابن المواز : هذا إن عُرف الغصب بأن تُرى مُتعلقةً به تُدمى ، أو غاب عليها ، فأما إن لم يُعرف إلا بدعواها فلابد لها من اللعان وإلا رُجمت[٣] .

قال مالك في المختصر : وتقول : أشهد بالله مازنيت ، ولقد غُلبتُ على نفسي[٤] .

قال ابن المواز : وتقول في الخامسة : إن غضب الله عليها إن كانت من الكاذبين .

قال : ولايسقط الحد عن المغتصبة بتقاررهما مع الزوج بالغصب وإن بان الحمل إلا أن يعرف الغصب كما ذكرنا[٥] .

---

(١) "التعن" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ١١٢/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

(٣)،(٤)،(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٣/أ .

[فصل ٢ ــ في إلحاق الولد لمن أنكر الحمل أو طلق قبل البناء]

قال[١] : ومن أنكر حمل امرأته قبل البناء ثم مات فهو به لاحقٌ ، وقاله أشهب قال : ولها جميع الصداق ولالعان عليها ولها الميراث .

قال ابن القاسم : وإذا طلق قبل البناء وتقاررا أنه لم يمس ، ثم مات ، ثم ظهر بها [٢] حملٌ فقالت : هو منه ، فإنه لاحقٌ به ووارثٌ له ، ولاترثه هي ، ولايتم لها صداقها .

قال محمد : الصواب أن يتم لها[٣] للحوق الولد ، ولو مات قبل انقضاء العدة ورثته إذا كان الطلاق واحدةً ولاحد عليها ، ولو ظهر في حياته واستلحقه لحق به ولم يحد ويصير لها الصداق وله الرجعة ، وإن تمادى على إنكاره لاعن وزال عنه ، وإن نكل لحق به ، وإذا لاعن وزال عنه لم تكن له رجعة ولاتزاد على نصف الصداق ، وإن قبضت جميعه رددنا نصفه .

قال ابن المواز : وتحد هي إن لم تلاعن[٤] .

---

(١) أي ابن المواز .

(٢) "بها" ليست في ز .

(٣) "لها" ليست في أ ، ب .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل٢٧٣/أ،ب .

[فصل ٣ ــ فيمن تزوج امرأة في العدة ثم أنكر الولد منها]

ابن المواز : ومن تزوج امرأةً في العدة قبل حيضةٍ فأتت بولدٍ فهو للأول إلا أن ينفيه بلعان ، فإن التعن هو ولم تلتعن هي كان بالثاني لاحقاً إن ولدت لستة أشهرٍ فأكثر من يوم دخل بها[١] الثاني إلا أن ينفيه ، فإن نفاه بلعان التعنت هي ، فإن نكلت حُدَّت ، ولو التعنا ثم استلحقه الأول لحق به ولم يحد ، إذ لم ينفه إلى زنا[٢] .

وقال أصبغ في المستخرجة : من استلحقه منهما / لَحق به وحُد[٣] . [١٠/أ]

قال ابن المواز : ولو كان الثاني هو مستحلقه دون الأول لَحق به وحُد ، لأنه كان نفيه له إلى غير أب ، ومن استلحقه منهما أولاً لحق به ثم لادعوى للثاني فيه ، ولو ادعاه الأول بعد لعانه وقبل لعان الثاني لم يقبل منه ، لأنه ابنٌ للثاني حتى ينفيه، ولو استلحقه كلاهما بعد التعانهما كان الأول أحق به وتحرم على الثاني للأبد التعن أو لم يلتعن لأنه ناكحٌ في عدة .

قال سحنون : ولاتحرم على الأول وإن التعن ، لأنها لم تلاعنه كالتي تغتصب فينفي الزوج حملها أنه يلاعن ولاتحرم عليه[٤] .

وقال أصبغ : إذا تلاعنا جميعاً حرمت على الأول والثاني[٥] .

قال الشيخ : قول سحنون أصوب .

---

(١) "بها" ليست في أ ، ب .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٣٧٧/أ،ب .

(٣) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤١٨/٦ .

(٤) والولد منفي . انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٧/أ .

(٥) انظر : النكت والفروق ل٨٧/أ .

قال أصبغ في المستخرجة : ولو كان إنما تزوجها بعد حيضةٍ فأتت بولدٍ لستة أشهرٍ فأكثر فهو للآخر إلا أن ينفيه بلعان ، فإن التعن لم تلتعن هي وكان بالأول لاحقاً[١] إلا أن ينفيه بلعان ، وتلتعن هي[٢] فإن نكلت حُدَّت[٣] .

وقد تقدم صدر هذه المسألة في كتاب العدة[٤] وهذا تمامها .

[فصل ٤ ـــ في نكول أحد الزوجين عن اللعان]

ومن المدونة : قال مالك : ومن نكل من المتلاعنين عن اللعان حُدَّ مكانه ، حد القذف على الزوج ، والرجم على الزوجة إن كانت ثيباً ، ولاتؤخر إلا في الحمل ، فإن كانت بكراً فمئة جلدة .

قال ابن القاسم : وإذا أقامت المرأة بينةً أن الزوج قذفها وهو منكرٌ حُدَّ إلا أن يدعي رؤية فيلتعن ، ويقبل منه بعد جحوده[٥] .

قال في كتاب ابن المواز : بخلاف الحقوق ، ويقول : أردت الستر بإنكاري[٦] .

وقال غيره[٧] في المدونة : لايقبل منه رجوعه لأنه أكذب نفسه ، ويحد[٨] .

---

(١) لأن فراشه قائمٌ حين برئ منه الآخر .

(٢) قال في العتبية : فتلتعن هي وهو هاهنا ، لأن الولد قد انقطع نسبه ولم يبق أبٌ يلحق به .

(٣) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤١٧/٦، ٤١٨ .

(٤) انظر ص٥٩٦، ٥٩٧ .

(٥) انظر : المدونة ١١٢/٣، ١١٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

(٦) النوادر والزيادات ل٣٧٥/ب .

(٧) أي غير ابن القاسم .

(٨) انظر : المدونة ١١٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

قال الشيخ : واختلف إذا لاعن الزوج وأبت المرأة اللعان ثم رجعت[١] فقالت : تلاعن ، فقال أبو بكر بن عبد الرحمن : لها ذلك كالتي تقر بالزنا على نفسها ثم ترجع أن لها ذلك ، فلافرق بينهما[٢] .

قال الشيخ : ولأن نكولها تصديقٌ للزوج أنها زنت فهو كإقرارها بالزنا ، فكما كان لها الرجوع في الإقرار المحض ؛ فكذلك الرجوع في هذا ، كالمرأة تقيم على زوجها بينةً بقذفه إياها وهو ينكر فيجب حده ، فكما كان له أن يحق عليها الزنا وتلتعن ، فكذلك هذه لها الرجوع إلى اللعان[٣] ، لأنهما في الوجهين يدفعان بذلك حدّاً وجب عليهما ، فهو بخلاف الحقوق ، وإن كان قد اختلف في رجوع الزوج ؛ فكذلك يجيء الاختلاف في هذه المسألة[٤] .

وسئل عنها أبو عمران فقال : قد جرت هذه المسألة قديماً واختلفنا فيها فقال فيها شيخنا[٥] أبو علي بن خلدون[٦] رحمه الله وغيره : لها الرجوع بمنزلة المُقرَّة بالزنا ترجع عن إقرارها .

قال : وكتب فيها الشيخ أبو القاسم بن الكاتب رحمه الله شيئاً وبعثه إليَّ فوافقته عليه ، وهو خلاف قول غيرنا ، وذلك أن الرجم يجب عليها بعد نكولها وإن رجعت ، لأن الزوج لما أحق ذلك عليها بشهادته أربع شهاداتٍ صارت تلك الشهادات كالشهداء الأربعة الذين حضروا الزنا فعليها أن تأتي بما يقابل ذلك

---

(١) "ثم رجعت" ليست في ز .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٠/أ .

(٣) "إلى اللعان" ليست في ز .

(٤) "المسألة" ليست في أ ، ب .

(٥) "شيخنا" ليست في أ ، ب .

(٦) هو أبو علي حسن بن خلدون البلوي كان ركناً من أركان أهل السنة ، شديداً على أهل البدع والروافض ، صاحب فقهٍ كثيرٍ وهمةٍ عاليةٍ جليل القدر مُطاعاً ، قرأ على أبي الحسن القابسي وغيره ، مات قتيلاً بالقيروان سنة ٤٠٧هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٦٢٤/٢ ، شجرة النور ص١٠٥ .

ويكافئ شهادته ، فإن نكلت لم تكافئ شهاداتها شهاداته لنكولها[١] .

قال الشيخ : وقد ألف فيها الشيخ أبو القاسم بن الكاتب رحمه الله وأطال فيها[٢] الاحتجاج وكَثُر ، فتركته لطوله ، والقولان محتملان لما قدمناه . وبالله التوفيق .

ومن قذف زوجته ثم بانت منه وتزوجت ثم أقامت بالقذف[٣] ، فإنهما يتلاعنان[٤] ، ومن أبى منهما اللعان حد[٥] .

فصل [٥ ـ في تصادق الزوجين على نفي الولد]

وإذا تصادق الزوجان على نفي الولد نفي[٦] بلالعان وحدت الزوجة إن كان لها معه قبل ذلك سنين ، وقاله مالك والليث .

وقال أكثر الرواة : لاينفى إلا بلعانٍ وإن تصادقا على نفيه ، ورووه أيضاً عن مالك[٧] .

قال الشيخ : يعنون إنما / يلتعن الزوج ولاتلتعن المرأة لأنها مقرةٌ بالزنا ، [١٠/ب] وإنما تلاعن المرأة لتدفع عن نفسها حد الزنا لالنفي الولد : إذ لايصح نفي ماولدته، بخلاف الزوج .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ٤٠/أ .

(٢) "فيها" ليست في ز .

(٣) أي أقامت دعوى على زوجها الأول .

(٤) لأن اللعان كان حده يوم قذفها .

(٥) انظر : المدونة ١١٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٧ .

(٦) "نفي" ليست في ز .

(٧) انظر : المدونة ١١٤،١١٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٧،١٢٨ .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وهذا إذا ثبتت على قولها حتى تحد ، ثم لايقبل منها قولها[١] إن رجعت ، ولو رجعت قبل أن تحد عاد اللعان بينهما ، فإن نكل الزوج لحق به ولايُحد لأنها مقرّة[٢] .

فصل [٦ ـ فيمن عرض بزنا زوجته]

ومن المدونة : من قال في زوجته : وجدتها مع رجل في لِحَافٍ ، أو تجرَّدت له ، أو ضاجعته ، لم يلتعن إلا أن يدعي رؤية الفرج في الفرج ، فإن لم تكن له بينةٌ على ماذَكر فعليه الأدب ولايحد[٣] .

وقال ابن المواز : وهذا تعريضٌ لو قاله لأجنبيةٍ لَحُد ، وقد قيل : يحد ولايلاعن ، وقيل : يؤدَّب ولايلاعن ، ولو رجع إذا قامت عليه فقال : بل رأيتها تزني ،كان له أن يلاعن ، قاله لي عبد الله بن عبد الحكم[٤] .

فصل [٧ ـ في قذف الملاعنة أو ابنها]

ومن المدونة : قال مالك : وعلى قاذف ابن الملاعنة أو قاذف أُمّه الحد ، وقاله علي بن أبي طالبٍ وابن عمر[٥] وغيرهما[٦] .

---

(١) "قولها" ليست في أ ، ب .

(٢) قال : وينفي الولد ويبرأ منه ، ولاتلتعن هي ، لأن الولد قد يكون من الغصب . النوادر والزيادات ل٣٧٣/أ .

(٣) انظر : المدونة ٣/١١٤،١١٥ ، تهذيب المدونة ص١٢٨ .

(٤) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٦/أ .

(٥) أخرج أثر ابن عمر ابن أبي شيبة ؛ كتاب الحدود ، باب في قاذف الملاعنة أو ابنها ٥/٥٠٥ رقم (٢٨٤٦١) .

(٦) كربيعة وسليمان بن يسار وابن شهاب ونافع مولى ابن عمر والقاسم بن محمد . انظر : المدونة ٣/١١٥ .

ومن كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم : ولو قذفها أحدٌ بعد لعان الزوج وحدَه لأخرته حتى تلتعن هي أو تنكل ، فإن التعنت حُدَّ لها ، وإن نكلت لم يحد ، وكذلك لو قذفها أحدٌ بعد موتها وبعد لعان الزوج وحدَه لم يحد ، لأنه قد ثبت عليها بلعان الزوج حد الزنا حتى تخرج منه بالتعانها ، وقاله عبد الملك .

وقال أشهب : من قذفها بعد لعان الزوج وحدَه عُوجل بالحد .

وقول ابن القاسم وعبد الملك أحب إلي ، وأما لو قذفها أحدٌ قبل تمام لعان الزوج لَحُدَّ ولم يؤخر ، وإن تأخر حتى التعن الزوج فلايسقط عنه الحد إذا التعنت[١] .

ومن المدونة : وإن قال رجلٌ لابن الملاعنة : ليس أبوك فلاناً ؛ فإن كان على وجه المشاتمة حُدَّ له .

قال ربيعة : ومن لاعن زوجته ثم قذفها بعد تمام اللعان حُدَّ لها[٢] .

ومن كتاب ابن المواز : وإذا لاعنها ثم قال : والله ماكذبت عليها ، أو قذفها ، قال محمد : لايحد لأنه إنما لاعن لقذفه إياها[٣] .

قال سحنون في الذي قذف امرأته برجلٍ معينٍ فضرب لذلك الرجل الحد : سقط عنه اللعان[٤] .

قال الشيخ : لأنه لما حُدَّ للرجل سقط عنه حده لزوجته كمن قذف رجلين فحُدَّ لأحدهما فلما سقط عنه الحد لها لم يجب عليه لعانها ، إذ لايرفع به حداً وجب عليه لها ، وكما لو طلب باللعان لها فنكل فحُدَّ لها لسقط عنه الحد للرجل .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٥/ب .

(٢) انظر : المدونة ١١٥/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٨ .

(٣) النوادر والزيادات ل٣٧٥/أ .

(٤) تهذيب الطالب ل ٣٩/ب .

فصل [٨ ــ في نفي الولد ، أو الإقرار به بعد لعانه منه]

قال ابن القاسم : ومن قامت عليه بينةٌ أنه أقر بولدٍ لاعن منه وهو منكرٌ لَحِق به وحُد ، ومن نفى ولداً بلعانٍ ثم زنت امرأةٌ بعد ذلك ثم أقر بالولد لَحِق به ولايحد إذ صارت زانية ، ومن نفى ولدًا بلعانٍ ثم ادعاه بعد أن مات الولد عن مـالٍ ، فـإن كان لولده ولدٌ لحق به وضُرب الحد .

قال ابن القاسم : وإن لم يترك ولدًا لم يقبل منه ، لأنه يُتَّهـم في ميراثـه ويُحـد ولايرثه .

ومن انتفى من حمل زوجته بلعانٍ ثم أقر به بعد ماولدته حُد ولَحِق بـه ، فـإن كان موسرًا في مدة الحمل أو في بعضها رجعت عليه بالنفقة في مدة يُسـرِه[١] ، وإن كان يومئذٍ معسراً لم ترجع عليه بشيٍ[٢] .

فصل [٩ ــ فيمن أنكر لون ولده]

قال مالك : ومن أنكر لون ولده لزمه ولم يلاعن وذلك عِرقٌ نَزَعَه ، وروى ابن وهب أن أعرابياً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إن امرأتي ولـدت غلامـاً أسود فأنكرته ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : "هل لك من إبل؟" قال نعـم ، قال : / "ماألوانها؟" قال : هي حُمرٌ ، قال : "هل فيها من أَورَق؟"[٣] قال : إن فيها [١١/أ]

---

(١) في أ ، ب "يسيرة" ، وهو تحريف .

(٢) انظر : المدونة ٣/١١٥،١١٦،١١٩ ، تهذيب المدونة ص١٢٨ .

(٣) الأورق من الإبل الذي في لونه بيـاضٌ إلى سـواد ، والوُرْقَـة : سـوادٌ في غُـبْرَة ، وقيـل : سَوادٌ وَبياضٌ كدخان الرِّمْثِ يكون ذلك في أنواع البهائم وأكثر ذلك في الإبل .
انظر : اللسـان ، مادة (وَرَقَ) .

لَوِرقَاً ، قال : "فأنَّى ترى[١] ذلك جاءها؟" فقال : يارسول الله عِرقٌ نَزَعَها ، قال : "فلعل هذا عِرقٌ نزعه" ولم يُرخِّص له في الانتفاء منه[٢] [٣] .

فصل [١٠ ــ فيمن قذف رجلاً معيناً بزنا]

ومن قال : رأيت فلاناً يزني بامرأتي ، لاعن وحُدَّ لفلان[٤] .

فصل [١١ ــ في المرأة إن ضرب بطنها فألقت جنينا وفي موت أحد الزوجين قبل التعانه أو بعده]

ومن ضرب بطن امرأة فألقت جنيناًميتاً فانتفى منه الزوج والتعن فالغُرَّة[٥] للأم ولم يرث الجنين معها ، وهذا مثل ابن الملاعنة إذا مات عن مال ورثته أمه وعصبته ، وإذا ماتت امرأةٌ بعد التعان الزوج أو بعد أن نفى من لعانها مرةً واحدةً ورثها الزوج .

قال مالك : وإن مات الزوج بعد التعانه قيل للمرأة : التعني ، فإن أبت ورثته ورُجمت ، وإن التعنت لم ترثه[٦] .

---

(١) "ترى" ليست في ز .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب الطلاق ، باب إذا عرض بنفي الولد ١٧٨/٦ ، ومسلم ، كتاب اللعان ١١٣٧/٢ رقم (١٥٠٠) .

(٣) انظر : المدونة ١١٦/٣ .

(٤) وهذه المسألة لربيعة ، فأما التلاعن فيدفع عن نفسه شيئاً لايعرفه ، وأما الحد فيكون عليه في تسمية رجل،ولو لم يسمه لم نضربه الحد ، وقاله مالك . انظر : المصدر نفسه ١١٥/٣ .

(٥) "فالغرة" مكانها بياض في ب .

(٦) انظر : المصدر نفسه ١١٦/٣ .

ابن وهب : قال مالك : وإن ماتت بعد تمام لعانه وقبل لعانها ورثها ، إذ لعلها كانت تصدقه[1] .

سحنون : قال مالك : إذا وجب اللعان فماتت قبل لعان الزوج فلالعان عليه[2] .

ابن المواز : قال مالك : وإذا مات الزوج قبل تمام لعانه فلالعان عليها ولاعذاب وترثه ، وإن أتم لعانه ثم مات ولم تلتعن هي ثم ماتت هي ورثته أيضاً ، وإن لم تمت قيل لها : التعني ، فإن التعنت فلاميراث لها ولاعدة عليها للوفاة ، وإن نكلت ورثته ورجمت ، وروى البرقي عن أشهب : أنها ترثه وإن التعنت ، لأنها الآن بانت منه .

ابن المواز : قال ابن القاسم : وإذا التعنت قبله ثم ماتت هي فذلك مما لم يكن ينبغي ، فإما إذا كان فإنه يقال للزوج : التعن ، ثم لاميراث لك ولاحد عليك، فإن نكل ورثها وعليه الحد .

قال ابن القاسم : ولو لم تمت لم أعد اللعان عليها .

وقال أشهب : بل يعاد اللعان عليها بعد لعان الزوج ، وكذلك في الحقوق إذا بدأ الطالب باليمين .

وذكر ابن حبيب عن مطرف عن مالك إذا التعن ثم مات قبل لعانها مثل ماذكر ابن المواز وغيره[3] .

قال : وقال ربيعة : ترثه التعنت أو لم تلتعن .

قال : وبهذا نأخذ ، ألا تراه لو رجع قبل لعانها لبقيت له زوجة وحُد ، أولاترى لو ماتت قبل لعانها لورثها عند مالك[4] .

---

(١)،(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٤/ب .

(٣)،(٤) انظر : المصدر نفسه ل٣٧٤/أ،ب .

ومن كتاب ابن المواز : ولالعان بعد طلاقٍ بائنٍ إلا في نفي حمل ، ولو قال في العدة من طلاقٍ بائنٍ : رأيتها تزني ، وأُراد أن ينفي ماينفى من حمل فهذا يلاعن وإن لم يدَّع فيه استبراء ، وأما إن لم يذكر رؤية ونفى الحمل فإن ادعى الاستبراء هاهنا لاعن ثم تلتعن هي فإن نكلت رجمت .

وقال ابن سحنون عن أبيه في الذي طلق امرأته ألبتة ثم قال في العدة : رأيتها تزني ، فقال ابن القاسم وروى مثله ابن وهب : أنه يلتعن ، وإن مات هو[١] بعد[٢] التعانه قيل لها : التعني .

قال ابن القاسم : وعدتها ثلاث حيض ولاتنتقل .

وقال المغيرة : لايحد ولايلاعن[٣] ، وسحنون يميل إلى هذا .

وقال ابن المواز : إذا قذفها في العدة حد ولم يلاعن[٤] .

وذكر عن أبي القاسم بن الكاتب أنه قال : إذا لاعن ثم قال : ماكنت إلا صادقاً ، لم يحد ، والقاذف إذا قال بعد ماحُد : ماكنت إلا صادقاً ، فإنه يُحد .

والفرق : أن المتلاعنين أحدهما صادق[٥] ، فلم يحد إذ لعله كان صادقاً ، والقاذف إنما حُدَّ تكذيباً له ، فإذا قال : كنت صادقاً ، فهو كالقاذف المبتدئفوجب حده[٦] .

---

(١) "هو" ليست في ز .

(٢) في ب "قبل" .

(٣) في أ ، ب "لاتحد ولاتلاعن" .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل٣٧٣/ب .

(٥) هكذا في جميع النسخ ، وفي تهذيب الطالب "كاذب" ثم قال عبد الحق : إلا أنا لاندري من هو منهما ، فإذا قال الزوج : ماكنت إلا صادقاً ، لم نحده إذ لعله كان صادقاً .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٩/أ،ب .

[فصل ١٢ ـ في المرأة إن شهد عليها بالزنا أربعة أحدهم زوجها]

ومن المدونة : وإن شهد على امرأةٍ بالزنا أربعةٌ أحدهم زوجها لاعن الزوج وحُدَّ الثلاثة ، وقاله ابن عباس وأبو الزِّناد وابن شِهاب وابن قُسيط وعبد الرحمن بن القاسم بن محمد[١] .

ابن المواز : / قال مالك : فإن رجمها الإمام ثم علم بذلك لم يحد الثلاثة [١١/ب] ويلاعن الزوج ، فإن نكل حد ويرثها إلا أن يعلم أنه تعمد الزور ليقتلها أو يقر بذلك فلايرثها .

وإن قال : شهدت بالحق ، لاعن وإلا حُدَّ ولادية عليه ولاعلى الثلاثة ، ولاحد ولادية على الإمام لأنه مختلفٌ فيه ، فليس هو بخطإٍ صريحٍ ، كشهادة العبد والنصراني ، وقاله أصبغ إلا في الميراث ، فقال : لايرثها لأنه التعن وليس بشاهدٍ فلايخرج من تهمة العامد لقَتل وارثه[٢] .

قال محمد بن أبي زمنين : وإذا شهد على المرأة بالزنا أربعةٌ أحدهم زوجها وعلم بذلك ؛ فإنه يقال للزوج : التعن ، فإن التعن قيل للزوجة : التعني ، فإن التعنت حد الشهود الثلاثة ، وإن نكلت عن اللعان وجب عليها الحد وسقط الحد عن الثلاثة ، لأنه قد حق عليها ماشهدوا به ، وهكذا فسّره ابن الماجشون[٣] .

---

(١) انظر : المدونة ١١٨/٣ ، تهذيب المدونة ص١٢٨ .

(٢) النوادر والزيادات ل٣٧٧/ب ، ٣٧٨/أ .

(٣) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٩/ب .

[فصل ١٣ ـــ فيمن لم يرفع إلى السلطان بقذفه وفيمن أنكر ولد زوجته التي لم يدخل بها]

ومن المدونة : قال مالك : ومن قذف زوجته أو أجنبيةً فلم يرفعاه إلى السلطان فلاشيء عليه .

قال مالك : ومن لم تُعلم له بزوجته خلوةٌ حتى أتت بولدٍ فأنكره وأنكر المسيس ، وادعت هي أنه منه ، وأنه غَشِيها ، وأنكر قولها وأتت به لستة أشهرٍ فأكثر من يوم العقد وقد طلق أو لم يطلق ، لزمه إلا أن ينفيه بلعانٍ فلايلزمه ، ولايكون لها إذا لاعن إلا نصف الصداق ولاسكنى لها[1] ولامتعة ، وإن نكل حُدَّ ، يعني : ويلحق به الولد ويغرم الصداق[2] .

ابن المواز : قال ابن القاسم وابن وهب : وإن قال الزوج : عقدت منذ خمسة أشهر ، وقالت هي : منذ أكثر من ستة أشهر ، وجاء حملٌ فلابد من اللعان[3] [4] .

[فصل ١٤ ـــ في سكنى الملاعنة]

ومن المدونة : قال مالك : وللملاعنة السكنى .

قال ابن القاسم : لأنها في عدةٍ من الزوج ، ولاتُنكح حتى تنقضي عدتها[5].

---

(١) "لها" ليست في ز .

(٢) انظر : المدونة ٣/١١٨ ، تهذيب المدونة ص١٢٨ .

(٣) وكذلك روى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية .
انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٣/ب .

(٤) قال ابن رشد : لأن العصمة متيقنة والفراش معلوم ، فوجب أن يلحق به الولد إلا أن ينفيه بلعان . البيان والتحصيل ٦/٤٢٠ .

(٥) انظر : المدونة ٣/١١٩ ، تهذيب المدونة ص١٢٨ .

[فصل ١٥ ـ في عدم استحقاق الملاعنة للمتعة]

قال مالك : ولامتعة للملاعنة على [كل] [١] حالٍ كانت مدخـولاً بهـا أم لا سمى لها صداقاً أم لا .

قال ابن القاسم : لأن الفراق لم يكن من فعل الزوج وإنما جاء من قِبَلِهَا حين أنكرت ماقال [٢] .

وقال ابن الكاتب : إنما منعت الملاعنة مـن المتعـة لأن اللعـان ليس بطـلاق ، والمتعة إنما تكون للمطلقات [٣] ،كذا قيل فيها [٤] .

[فصل ١٦ ـ فيمن قذف زوجته وهي حائض أو نفساء]

قال [٥] : ومن قذف زوجته وانتفى من حملها وهي حـائضٌ أو في دم نفاسـها فلايتلاعنان حتى تطهر [٦] .

---

(١) من تهذيب المدونة .

(٢) فلما وقع اللعان بينهما والتعنت وقعت الفرقة .
انظر : المدونة ٣/١١٩،١٢٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٨ .

(٣) كما في قوله تعالى : ﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ . سورة البقرة : آية ٢٤١ .

(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٣٩/ب .

(٥) أي ابن القاسم .

(٦) انظر : المدونة ٣/١١٩،١٢٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٨ .

قال أبو محمد : يلاعن الزوج[١] ويَتأنّى بها حتى تطهر[٢] .

قال ابن القاسم : وكذلك إن حل أجل التلوم في المعسر بالنفقة ، أو العنِّين ، أو غيره والمرأة حائضٌ فلاتطلق عليه حتى تطهر إلا المولي فإن مالكاً قال فيه : إذا حل أجله فأوقفه السلطان وزوجته حائضٌ[٣] فلم يفيء طلق عليه . وروى أشهب عن مالك : لاتطلق عليه حتى تطهر[٤] ، وقد تقدم هذا[٥] .

[٦]كَمُلَ كتاب اللعان بحمد الله وحسن عونه ، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

---

(١) أي إن شاء تعجيل ذلك مخافة أن ينزل به مايرفعه عن اللعان فيلزمه الولد .
انظر : النوادر والزيادات ل٣٧٢/أ .

(٢) لأنه من الطلاق . انظر : المصدر نفسه ل٣٧٢/أ .

(٣) "حائض" ليست في ز .

(٤) انظر : المدونة ٣/١٢٠ ، تهذيب المدونة ص١٢٨ .

(٥) أي في كتاب الإيلاء ، انظر ص٨٩٧ .

(٦) "كمل كتاب ...الخ" ليس في ز .

[الكتاب الثالث عشر]
كتاب الاستبراء[1]

[الباب الأول]
في استبراء الإماء في البيع وغيره

[فصل ١ ــ في مشروعية استبراء الإماء]

روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم سبي أوطاس : "[2]لاتوطأ حامل حتى تضع ، ولاحائل حتى تحيض"[3] ، وقال عليه الصلاة والسلام : "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلايسقينَّ ماءه زرع غيره"[4] ، فوجب أن كل من انتقل إلى

---

(١) الاستبراء لغة : قال ابن فارس : الباء والراء والهمزة أصلان ، أحدهما:الخلق ، والثاني : التباعد من الشيء ومزايلته ، قال الخليل : الاستبراء : أن يشتري الرجل جارية فلايطؤها حتى تحيض ، وهذا من الباب لأنها قد برئت من الريبة التي تمنع المشتري من مباشرتها .
انظر : معجم مقاييس اللغة ، مادة (بَرَأَ) .
وشرعاً : الاستبراء : هو مدة دليل براءة الرحم لالرفع عصمة أو طلاق .
شرح حدود ابن عرفة ٣٠٨/١ .

(٢) في أ ، ب زيادة "ألا" .

(٣) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في وطء السبايا ٦١٤/٢ رقم (٢١٥٧) ، وأحمد ١٠٦/٣ رقم (١١٨٢٩) ، والحاكم ، كتاب النكاح ٢١٢/٢ رقم (٢٧٩٠) وقال : صحيح على شرط مسلم ، ووافقه الذهبي ، وقال ابن حجر : إسناده حسن بالتلخيص الحبير ١٧١/١ رقم (٢٣٩) .

(٤) أخرجه أبو داود ، كتاب النكاح ، باب في وطء السبايا ٦١٥/٢ رقم (٢١٥٨) ، والترمذي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في الرجل يشتري الجارية وهي حامل ٤٣٧/٣ رقم (١١٣١) ، وأحمد ١٣٣/٤ رقم (١٦٩٩٢) ، وابن حبان ، كتاب السير ، باب الغلول ١٦٩/٧، ١٧٠ رقم (٤٨٣٠) وصححه ، وقال الترمذي : حديث حسن ، والحاكم بلفظ (لاتسق زرع غيرك) من حديث ابن عباس ، كتاب البيوع ٦٤/٢ رقم (٢٣٣٦) وصححه ، ووافقه الذهبي.

ملكه ملك أمة كانت في حوز غيره ، بأي وجهٍ ملكها ، أن يستبرئها بحيضةٍ إن كانت ممن تحيض ، ملكها ببيعٍ ، أو إرثٍ ، أو هبةٍ ، أو صدقةٍ ، أو وصيةٍ ، أو من مغنمٍ ، أو بغير ذلك .

قال ابن وهب : / وقال ابن عمر[١] وابن مسعود[٢] وفُضَالة بن عبيد[٣] [١٢/أ] وكثيرٌ من التابعين[٤] : من اشترى أمةً فلايقربها حتى يستبرئها بحيضة[٥] .

قال ربيعة وابن شهاب : هي السنة[٦] .

قال أبو بكر الأبهَري : الاستبراء يجب بأربعة أوصاف: بالملك ـ يريد[٧] لابالتزويج ـ قال : وأن لاتعلم براءة الرحم ـ يريد مثل أن[٨] يشتري مودعةً عنده تخرج ـ قال : وأن يكون له الوطء مباحاً في المستقبل ـ يريد مثل أن يشتري ذات زوج .

قال : وأن لايكون له الفرج حلالاً قبل الملك ـ يريد مثل أن[٨] يشتري زوجته ـ قال : فمتى سقط أحد هذه الأوصاف لم يكن بُدٌّ من الاستبراء[٩] .

---

(١) في أ ، ب "عمر" والتصحيح من المدونة .

(٢) أخرجهما عبد الرزاق ، كتاب الطلاق ، باب عدة الأمة تباع ٢٢٦/٧ رقم (١٢٨٩٧،١٢٩٠٠) .

(٣) هو فُضَالة بن عُبيد بن نافذ بن قيس بن صهيب الأنصاري الأوسي ، أسلم قديماً ، ولم يشهد بدراً ، وشهد أحداً فما بعدها من المشاهد ، ثم انتقل إلى الشام وسكن دمشق وبنى بها داراً ، وكان قاضياً فيها لمعاوية ، توفي سنة ٥٣هـ .
انظر : الطبقات ٢٨١/٧ ، الاستيعاب مع الإصابة ١٩٢/٣ ، الإصابة ٢٠١/٣ .

(٤) كالقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله ويحيى بن سعيد وعطاء بن أبي رباح .

(٥)،(٦) انظر : المدونة ١٤٣/٣،١٤٤ .

(٧) "يريد" مكانها بياض في أ ، ب .

(٨) في أ ، ب زيادة "لا" في الموضعين والصحيح حذفها كما في النكت .

(٩) انظر : النكت والفروق ل٧٩/ب .

قال عبد الوهاب : وإنما كفتها حيضةٌ واحدةٌ بقوله صلى الله عليه وسلم : "حتى تحيض"[١] ، ولأنها تدل على براءة الرحم في الغالب ، ولايتعلق بها عبادةٌ كالعدة[٢] .

ومن المدونة : قال مالك في آخر الكتاب[٣] : وأحب ماسمعت إلي في التي لم تحض من صغرٍ ومثلها يوطأ ، أو اليائسة من الحيض إذا بيعت أن تستبرأ بثلاثة أشهر ، إذ لايبرأ رحمٌ في أقل من ذلك ، وعلى هذا أمر الناس .

قال ابن وهب : وقاله عمر بن الخطاب رضي الله عنه وغيره[٤][٥] .

قال الشيخ : لأن أقل مايتبين فيه أمارات الحمل ثلاثة أشهر .

ومن الواضحة : قال مالك : وتستبرأ الصغيرة إذا بلغت أن توطأ وإن أُمِن منها الحمل .

قال ابن حبيب : وهذا شديدٌ ، وقد روي عن كثيرٍ من السلف أنها إنما تستبرأ إذا قاربت البلوغ وخشي الحمل على مثلها ، لأنها قد تحمل قبل المحيض إذا قاربته ، فأما إن لم تقاربه ولايحمل مثلها فلاتستبرأ ، وروي ذلك عن عمر وعلي وكثير من التابعين من الفقهاء[٦] ، وإذا قاربت الحيضة ففي مبلغ استبرائها اختلاف:

فقال سليمان بن يسار وعمر بن عبد العزيز وجماعةٌ من الفقهاء ومالكٌ وأصحابه : بثلاثة أشهر .

---

(١) أي في الحديث السابق .

(٢) انظر : المعونة ٩٤٤/٢ .

(٣) أي كتاب الاستبراء .

(٤) كعمر بن عبد العزيز وابن شهاب ويحيى بن سعيد وربيعة وبكير بن الأشج .

(٥) انظر : المدونة ١٤٤/٣ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

(٦) وهم:سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والقاسم وسالم والحسن والنخعي وعطاء المكي وابن شهاب وأبو الزناد وربيعة وابن هُرمز .

وروي عن عمر وعلي وابن المسيب وغيرهم : شهرٌ ونصف ، وقال بعض العلماء : شهرٌ ، وقال بعضهم : شهران ، سمعت ابن الماجشون يقوله ، ولاأعلم من قاله بتسمية[1] .

[فصل ٢ ـ في استبراء المستحاضة والمكاتبة]

ومن المدونة : قال مالك : ومن اشترى أمةً مستحاضةً ، فعلم بذلك فاستبراؤها ثلاثة أشهر ، إلا أن لايبرئها ذلك وتشك فيرفع بها إلى تسعة أشهر ، والتي رفعتها حيضتها بمنزلتها .

ـ **قال الشيخ** : لأن التسعة أشهرٍ هي الغالبة من مدة الحمل ، فالبراءة تقع[2] بها في الغالب[3] ـ .

قال ابن القاسم : إلا أن ترى المستحاضة دماً توقن هي والنساء أنه دم حيضٍ فتحل متى تراه ، لأن مالكاً قال في المستحاضة ترى دماً وهي في عدة موتٍ ، أو طلاقٍ توقن هي والنساء أنه دم حيضٍ فذلك قرءٌ تحتسب به .

قال : ومن كاتب أمته ، ثم عجزت أحببت له استبراءها إلا التي في يديه لاتخرج فلاشئ عليه[4] .

قال ابن حبيب : لايطؤها حتى يستبرئ ، لأن فرجها كان ممنوعاً من وطئه ، فكأن ملكه زال عنها .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣/أ .

(٢) "تقع" ليست في أ ، ب .

(٣) انظر : المعونة ٢/٩٤٥ .

(٤) انظر : المدونة ٣/١٢١،١٢٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٨ .

[فصل ٣ ـــ في استبراء المغتصبة]

ومن المدونة قال : وعليه في المغصوبة ترجع إليه الاستبراء إن غاب عليها الغاصب ، ولو اشتراها الغاصب بعد أن وطئها فليستبرئها من مائه الفاسد[(١)] .

ورأيت لسحنون : إذا رجعت لسيدها فليستبرئها لنفسه بالمواضعة[(٢)] ، لأنه قد أخذ مانقصها ، وهذا إذا كانت من الوَخْش ، وأما إذا كانت رائعةً رأيت سيدها بالخيار في أخذ القيمة ، أو أخذها ومانقصها ، لأن ذلك في الرائعة عيبٌ شديدٌ يوجب له قيمتها .

[فصل ٤ ـــ في استبراء من استحقت بحرية]

ومن المدونة : قال مالك : ومن اشترى أمةً فغاب عليها ، ثم اسْتُحِقَّت بحريةٍ لم تنكح إلا بعد ثلاث حيض وإن تقاررا أنه لم يطأ ، ولو وطئها فلاصداق عليه ؛ لأنه وطئ بالملك / إلا أن يطأ عالماً بحريتها فعليه الصداق والحد[(٣)] . [١٢/ب]

قال ابن القاسم في غير المدونة : ولاتحد هي إن أقرت بالملك .

قال أبو بكر بن اللبَّاد : وقال المغيرة وابن الماجشون : وعليه لها صداق مثلها وإن وطئ غير عالم .

قال سحنون : وقد قال ابن القاسم : ماتبين لي قولهما .

---

(١) انظر : المدونة ٣/١٢٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٨،١٠٩ .

(٢) المواضعة شرعاً : هي أن يجعل مع الأمة مدة استبرائها في حوز مقبول خبره عن حيضتها . شرح حدود ابن عرفة ١/٣١١ .

(٣) انظر : المدونة ٣/١٢٢ ، تهذيب المدونة ص١٠٩ .

وقال في الأخوين يتزوجان أختين فيغلطان بهما ، فتُدْخَلُ على كل واحدٍ زوجة أخيه فيطؤها ، ثم ظهر على ذلك : إن لكل واحدةٍ صداق مثلها على الذي وطئها[1] .

وقد اختلف في الحر إذا بيع فاغتلَّه المشتري ، فقيل : يكون للمشتري غلته مع كونه غير ضامنٍ له لو هلك ، وقيل : لاغلة له .

ومن كتاب الاستبراء : وإذا سبى العدو أمةً ، أو أُمَّ ولدٍ ، أو مدبَّرةً ، أو حرةً ، ثم رجعن ، لم توطأ الحرة إلا بعد ثلاث حيض ، وأولئك بعد حيضة ، ولايصدقن كلهن في نفي الوطء ، لأن أهل الحرب قبضوهن على وجه الملك لاعلى وجه الوديعة[2] .

[فصل ٥ ـ في استبراء المرهونة والمودعة والموهوبة]

ومن رهن جاريةً ، أو أودعها فلايستبرئها إذا ارتجعها ، ولو ابتاعها المودع بعد أن حاضت عنده أجزأه من الاستبراء إن كانت في بيته لاتخرج ، وإن كانت تخرج إلى السوق لم يجزه .

ومن وهب أمةً لرجلٍ ، ثم ارتجعها بعد غيبة الموهوب له عليها ، فليستبرئها لنفسه ، لأنها قبضت على الحَوز[3] .

قال الشيخ : ومعنى ارتجعها : أن الموهوب ردها إليه فصارت كهبةٍ منه للواهب ، ولو وهبها له الأول على غير ثوابٍ مسمىً فأثابه أقل من قيمتها فلم

---

(١) وهو قول مالك في المدونة وقال : ولايطأ كل واحدٍ زوجته حتى ينقضي الاستبراء وهو ثلاث حيض .
انظر : المدونة ٢٤٨/٢ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ١٢٢/٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٩ .

(٣) انظر : المدونة ١٢٢/٣، ١٢٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٩ .

يرضه فردها عليه ، فيكون عليه الاستبراء بلامواضعة ، لأن الموهوب قبضها على الحوز ، ولو سمّيا ثواباً لم يكن له أن يرتجعها منه إلا أن ينقضي الأمر الأول ، فتكون إقالة[1] ، وإن أثابه بعد خروجها من المواضعة فعليه الاستبراء ، والمواضعة كالبيع .

[فصل ٦ ـ في استبراء من بيعت على المواضعة ثم رجعت إليه ومن وهبها لولده]

ومن باع أمةً على المواضعة ثم رجعت إليه في المواضعة قبل أن تحيض أو يذهب معظم حيضتها فلااستبراء عليه ، ولو قبضها المبتاع لنفسه على الحوز لاعلى الأمانة في المواضعة ، ثم أقاله[2] فليستبرئ لنفسه وإن أقاله بعد يومٍ من مغيبه ، والهبة كذلك .

ومن وهب لابنه الصغير أو الكبير في عياله جاريةً ، ثم اعتصرها فإن لم تكن تخرج وهي بيد الأب ولم يغب الكبير عليها لم يستبرئ، وإن كانت تخرج ، أو قبضها الكبير وغاب عليها فليستبرئ .

قال مالك : وإن وطئها الابن فلا اعتصار الآن فيها[2] .

قال الشيخ : اعلم أنه إذا قال الابن الكبير : ماوطئتها ، فللأب اعتصارها ، لإقرار الولد أن اعتصار الأب لها جائز ، ولو قال الابن : وطئتها ، لم يكن للأب أن يعتصر ، وإنما مُنع الأب من اعتصارها لأنه قد حرَّمها عليه وتغيَّر حالها بذلك كحوالة عينها ، وحوالة عينها تمنعه من الاعتصار ، فكذلك هذا .

وحكي عن الشيخ أبي الحسن أنه قال في قوله : إذا اعتصرها الأب بعد غيبة الكبير عليها فليستبرئها الأب : إنما قال ذلك لغيبتها عن حوز الأب ونظره ، لامن أجل خيفة وطء الابن ، إذ لو كان كذلك لأمره ألا يطأها أصلاً ، فاعلم ذلك[3] .

---

(١) الإقالة شرعاً : هي ترك المبيع لبائعه بثمنه . شرح حدود ابن عرفة ٣٧٩/٢ .

(٢) انظر : المدونة ١٢٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٩ .

(٣) النكت والفروق ل٨١/أ .

[فصل ٧ ــ في استبراء من باعها على ابنه الصغير أو اشتراها من زوجته أو خالعها عليها أو وهبتها له]

ومن المدونة : ومن باع على ابنه الصغير من نفسه أمةً ، أو رجلٌ ابتاع أمة زوجته ، أو خالعها عليها ، أو وهبتها له .

فإن كانت عنده لاتخرج لم يستبرء ، وإن كانت تخرج فعليه الاستبراء[١] .

ابن المواز : قال أشهب : إن كانت معه في دارٍ وهو الذابُّ عنها والناظر في أمرها أجزأه ، كانت تخرج أو لاتخرج[٢] .

قال الشيخ : ووجه / هذا : فلأنها إذا كانت عنده وهو القائم بأمرها [١٣/أ] أشبهت أمته ، فكما لااستبراء عليه في أمته إذا كانت تخرج ، فكذلك هذه .

ووجه قول ابن القاسم : إنما راعى انتقال الملك مع كونها ليست في يد المشتري ، أو في يده لاتتصرف ، إذ قد يمكَّن السيد من وطئها إذا كانت تتصرف .

[فصل ٨ ــ في استبراء من لم توطأ]

ومن المدونة : قال مالك : ومن اشترى جاريةً مثلها يوطأ من رجلٍ لم يطأها أو من صبيٍ، أو امرأةٍ فلابد من مواضعتها للاستبراء .

ومن أبضع مع رجلٍ في شراء جاريةٍ فبعث بها إليه فحاضت في الطريق فلايقربها حتى يستبرئ لنفسه[٣] .

---

(١) انظر : المدونة ١٣٦/٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٩ .

(٢) النوادر والزيادات ل٣٣/ب .

(٣) انظر : المدونة ١٤٢/٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٩ .

وقال أشهب : بل تجزئه حيضتها في الطريق ، أو عند الوكيل ، ولايستبرأ من سوء الظن[١] .

قال الشيخ : قيل معنى قول ابن القاسم : أن الوكيل تعدّى في بعثه إياها مع غير من ائتمنه الآمر ، فلذلك قال : لاتجزئه حيضتها في الطريق حتى يستبرئ لنفسه[٢] .

[فصل ٩ ــ في استبراء من بيعت فحبست بالثمن]

ومن المدونة : ومن باع أمةً فحبسها بالثمن أو لم يمنع المشتري من قبضها ، ولاسأله هو في ذلك ، وذهب هو ليأتي بالثمن ، فأتى فألفاها طامثاً[٣] ففي أول الدم يجزئه ، وإن ألفاها في آخره وقد بقي منه يومٌ أو يومان ، أو بعد الطهر [فلا][٤] وليتواضعاها إلا في الوخش فليقبضها وليستبرء لنفسه ، ولو أمكنه البائع من الرائعة فتركها عنده أجزأته حيضتها على كل حالٍ ، لأن استيداعه[٥] إياها بمنزلة أن لو وضعها عند غيره[٦] .

ومن العتبية : قال ابن القاسم : ولو حبسها البائع بالثمن ثم وطئها فحملت فلاحد عليه للشبهة ، ويأخذها المبتاع وقيمة الولد كالمستحقة[٧] .

---

(١) النوادر والزيادات ل٣٤/أ .

(٢) انظر : النكت والفروق ل٦٩/أ .

(٣) أي حائضاً ، يقال : طَمِثَت المرأةُ تَطْمُثُ طَمْثاً وهي طَامِثٌ أي : حاضت ، وقيل : إذا حاضت أول ماتحيض . انظر : اللسان ، مادة (طَمَثَ) .

(٤) من تهذيب المدونة .

(٥) في أ ، ب "استودعه" .

(٦) انظر : المدونة ١٢٣/٣، ١٢٤ ، تهذيب المدونة ص١٠٩ .

(٧) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٤٥/٤ .

ـ **قال الشيخ** : يريد أنه وطئها بعد أن خرجت من الاستبراء ، وأما إن وطئها قبل خروجها من الاستبراء فحملت فإنها تكون له أم ولد ، ويعاقب ، كما قال في التي أمكنه منها ـ .

قال ابن القاسم : ولو أنه أمكنه منها فتركها المبتاع عنده فإن وطئها بعد أن استبرأها حُدَّ ، وإن كان قبل استبرائها لم يُحَدْ ، وعُوقب عقوبةً مُوجِعةً ، وكانت له أمَّ ولد .

قال سحنون : وإن كانت من وَخْش الرقيق ومنعه البائع من قبضها حتى يأتيه بالثمن ، فوطئها البائع فأولدها كانت له أم ولد ، لأن مصيبتها منه وعتقه فيها جائز إذا حبسها بالثمن ، وكذلك يقول جميع أصحابنا : إن المصيبة من البائع ، إلا ابن القاسم وحده فإنه كان يقول : المصيبة فيها من المشتري ، فإن كان تركها عند البائع على وجه الوديعة فوطئها لزمه الحد ، ولايلحق به الولد ، لأن مصيبتها من المبتاع[1] .

[فصل ١٠ ـ في استبراء من بيعت في أيام حيضتها]

ومن المدونة : قال مالك : ومن ابتاع أمةً في أول الدم أجزأه من الاستبراء ، وأما في آخره وقد بقي يوم ، أو يومان فلا ، وله المواضعة ، وإن ابتاعها فرأت عنده دماً لخمسة أيامٍ من حيضتها عند البائع لم يجزه من الاستبراء ، وهو كدمٍ واحدٍ ، وتدع له الصلاة ، وإن رأته بعد أيامٍ كثيرةٍ يكون لها هذا حيضاً مؤتنفاً فرأته يوماً أو بعض يومٍ ، أو يومين ، ثم انقطع ، فإن قال النساء : إن مثل ذلك حيضةٌ ، أجزأتها وإلا لم يكن استبراءً ، وإن لم تصل فيه حتى تقيم في الدم مايستيقن ويُعرف أنه استبراءٌ لرحمها[2] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ٤/١٤٥،١٤٦ .

(٢) انظر : المدونة ٣/١٢٤،١٢٥ ، تهذيب المدونة ص١٠٩ .

قال في كتاب ابن المواز : إلا أن تكـون حيضتها قبـل ذلـك أكـثر مـن هـذا فلايبرؤها حتى تقيم مايُعرف أنه استبراءٌ لرحمها[١] .

وقال في كتاب آخر : لاتكون الحيضة يوماً في عدةٍ ولااستبراءٍ .

واختلف في أقـلِّ الحيـض وأقـلِّ الطهـر : فقيـل : أقـلُّ الحيـض خمسـة أيـامٍ ، وقيل/: ثلاثة ، وقيل : أقلُّ الطهر عشرة ، وقيل : ثمانية ، وقيل : خمسة ، وهـذا في [١٣/ب] العدة والاستبراء ، وأما في غير ذلك فَدُفْعَةٌ من دمٍ توجب ترك الصلاة .

ومن المدونة : قال مالك : والثلاثة الأيام والأربعـة الأيـام والخمسـة أيامٍ إذا طهرت فيهن ثم رأت الدم بعد ذلك فهو من الحيضة الأولى .

قال : ويسأل النساء عن عدة أيام الطهر ، فإن قلن : هذه الأيام تكون طهـراً فيما بين الحيضتين ، وجاء[٢] على[٣] هذه الأمة بعـد هـذه الأيـام مـن الـدم مـايقول النساء : إنه دم حيضةٍ ، ولايشككن فيه ، أجزأه ذلك من الاستبراء وإلا فلا[٤] .

---

(١) انظر : النوادر والزيادات ل٣٣/ب .
(٢) في أ ، ب "وجب" ، وهو تحريف .
(٣) "على" ليست في أ .
(٤) انظر : المدونة ١٢٥/٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٩ .

[الباب الثاني]
في استبراء الأمة تباع ثم يستقال منها
أو يفسخ بيعها ، أو تتبرع من عبد
أو ترد بخيار أو بعيب

[فصل ١ ـــ في استبراء الأمة تباع ثم يستقال منها]

قال ابن القاسم : ومن باع أمةً رائعةً ثم تقايلا قبل التفرق فلااستبراء عليه وإن أقاله ، ومن غاب المبتاع عليها فإن أقامت عنده أياماً لايمكن فيها استبراءٌ ولو يوماً واحداً فلايطؤها المبتاع إلا بعد حيضةٍ، ولامواضعة على المبتاع فيها ، إذ لم تخرج من ضمان البائع بعد ، ولو كانت وَخْشَاً فقبضها على ثبات البيع والحوز ثم أقاله بعد مدة الاستبراء فليستبرئ البائع لنفسه أيضاً ، وإن كان إنما دفع الرائعة إليه ائتماناً له على استبرائها فلايستبرئ البائع لنفسه إذا ارتجعها قبل أن تحيض ، أو يذهب عظم حيضها ، ولو كانت عند أمين فلااستبراء عليه في الإقالة قبل حيضة ولو بعد طول المدة عند الأمين ، ولو تقايلا بعد حيضةٍ عند الأمين أو في آخرها فللبائع على المبتاع فيها المواضعة لضمانه إياها .

قيل له : لم أوجبت على البائع أن يستبرئ لنفسه وجعلت له المواضعة على المبتاع إذا أقاله في آخر دمها ، وهي لم تحل للمشتري حتى تخرج من دمها؟

قال : لأنها إذا دخلت في أول الدم فمصيبتها من المشتري وقد حلَّ له أن يُقَبِّل ، ويصنع بها مايصنع الرجل بجاريته إذا حاضت ، ولأنها قد تحمل إذا وطئها في آخر دمها ، ولاأدري ماأحدثت إلا أن يقيله في أول دمها ومعظمه فلاأرى عليه استبراءً ولامواضعة فيها كبيعٍ مؤتنفٍ من غيره ، وكذلك في بيع الشقص منها والإقالة منه .

ومن ابتاع شقصاً [من رائعة] [١] فله المواضعة[٢] .

وفي كتاب محمد : لااستبراء على البائع ولامواضعة له على المشتري .

قال الشيخ : جعل كونها بيد أمين كما لو ائتمن المبتاع على استبرائها ثم أقاله فيها قبل أن يذهب عظم حيضتها أنه لااستبراء عليه .

[فصل ٢ ـــ في استبراء الأمة تباع ثم يفسخ بيعها أو يشتريها من عبده]

ومن المدونة : [٣] قال : ومن باع أمّ ولده أو مدبرته فسخ البيع ورُدّت فلتستبرأ إذا كان قد دفعها على الحوز وترك المواضعة .

ومن اشترى من عبده جاريته ، أو انتزعها منه فليستبرئ يريد إذا انتزعها منه فليستبرئ ولامواضعة فيها ، وإذا اشتراها لنفسه منه ففيها المواضعة[٤] .

[فصل ٣ ـــ في استبراء الأمة تباع ثم ترد بخيار]

ومن ابتاع جاريةً بالخيار ثلاثاً فتواضعاها ، أو كانت وَخْشاً فقبضها فاختار الرد من له الخيار فلااستبراء على البائع ، لأن البيع لم يتم فيها ، وإن أحب البائع أن يستبرئ التي غاب عليها / المشتري وكان الخيار له خاصة ، فذلك حسن ، إذ لو [١٤/أ]

---

(١) من تهذيب المدونة .

(٢) انظر : المدونة ١٢٥/٣-١٢٧ ، تهذيب المدونة ص١٠٩ .

(٣) في أ ، ب زيادة "ومن ابتاع شقصاً من رائعة فله المواضعة" وقد تقدمت قريباً .

(٤) انظر : المدونة ١٢٨/٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٩ .

وطئها المبتاع كان بذلك مختاراً وإن كان منهياً عن ذلك ، كما[١] استَحِبُّ استبراء التي غاب عليها الغاصب[٢] .

[فصل ٤ ـــ في استبراء الأمة تباع ثم ترد بعيب]

قال ابن القاسم : ومن اشترى جاريةً فردَّها بعيبٍ فعلى البائع أن يستبرئ إذا كانت قد خرجت من الحيضة ومصيبتها من المبتاع[٣] .

قال ابن المواز : وفيها المواضعة .

وروى أشهب عن مالك : أن ضمانها من البائع في الرد بالعيب ، وإنما تتواضع ليعرف أبها حملٌ أم لا ، فإن ماتت قبل ذلك فهي من البائع ، وطئها المبتاع أم لم يطأ ، لأن البيع قد انتقض ، فكأنه لم يكن فيها بيعٌ قط .

قال : وإن كانت من الوَخْش فلاتوقف وليقبضها المبتاع مكانه .

ابن المواز : وبالأول أقول .

قال مالك وابن القاسم : إنها من المبتاع ونفقتها عليه في الإيقاف في الرد بالعيب حتى تحيض[٤] .

قال الشيخ : واعلم أن الرد بالعيب نقض بيعٍ عند ابن القاسم أيضاً ، وقد قال : إذا رُدَّت السلعة بعيبٍ ردَّ السِّمْسَار[٥] الجُعْلَ ، وإنما وجبت المواضعة في هذه

---

(١) في ب زيادة "لو" .

(٢) لأن الغاصب لايؤمن عليها .
انظر : المدونة ١٢٨/٣ ، تهذيب المدونة ص١٠٩ .

(٣) انظر : المدونة ١٢٨/٣ تهذيب المدونة ص١٠٩ .

(٤) النوادر والزيادات ل٣٣/ب .

(٥) السِّمْسار : بكسر أوله وسكون ثانيه اسم فاعل من سَمْسَرَ ، وهو الوسيط بين البائع والمشتري .
معجم لغة الفقهاء ص٢٥٠ .

المسألة ، لأن المشتري قبضها بريئة الرحم ، فيجب أن يردها كذلك . قاله بعض فقهائنا[١] .

قال الشيخ : وظاهر قوله : إنه كبيعٍ مبتدأٍ، لأنه جعل ضمانها من المبتاع ونفقتها عليه حتى تحيض ، وهذه صفة البيع المبتدأ .

وقد قال ابن عبدوس : قال أشهب في الذي اغترقه الدين إذا أعتق فرد الغرماء عتقه فبيع لهم ، ثم رده مبتاعه بعيبٍ قديمٍ وقد استفاد سيده مالاً : إنه لايعتق عليه ، وقال هاهنا في مسألة الجارية : إن الرد بالعيب نقض بيعٍ ولامواضعة فيها .

فابن القاسم هٰهنا جعله كشراءٍ مبتدأٍ، وقال في مسألة المفلس : إنه يعتق ، وجعله نقض بيعٍ ولم يجعله كبيعٍ مبتدأٍ، وقد خالفا أصليهما[٢] .

قال الشيخ : وقد جعل ابن عبدوس أن ابن القاسم جعله في مسألة الأمة كبيعٍ مبتدأ ، وإنما تكون الحجة التي قدمنا لابن القاسم إنه قبضها بريئة الرحم فعليه أن يردها كذلك ، وعلى مابيَّنه ابن عبدوس أن كل واحدٍ من ابن القاسم وأشهب اختلف قوله في ذلك ، فمرةً رأى الرد بالعيب كنقض بيع ، ومرة رآه كبيعٍ مبتدأٍ، فاعلم ذلك .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن لم تكن خرجت من الحيضة فلااستبراء عليه ـ يريد أن لامواضعة للبائع على الذي يرد بالعيب ، لأنها لو هلكت قبل أن تحيض كانت المصيبة فيها من البائع .

وقال أشهب : لامواضعة على الذي يرد بالعيب خرجت من الحيضة أم لا ، لأن الرد بالعيب نقض بيعٍ وليس هو كبيعٍ مبتدأٍ[٣] .

---

(١) انظر : النكت والفروق ل٨١/أ .

(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٨/ب .

(٣) انظر : المدونة ١٢٨/٣، ١٢٩ ، تهذيب المدونة ص١٠٩ .

[الباب الثالث]
فيمن لامواضعة فيها من حامل أو وخش
والتبري من الحمل
وهل تصدق الأمة في حيض الاستبراء؟

[فصل ١ ــ فيمن لامواضعة فيها من حامل أو وخش]

قال مالك : ومن استبرأ جاريةً حاملاً فلايتواضعاها حتى تضع حملها ، وليقبضها المبتاع ، وينقد ثمنها ، ولايطؤها حتى تلد ، وإن ألقت دماً أو مُضغَةً أو شيئاً يستيقن النساء أنه ولدٌ فاستبراؤها ينقضي به كما تنقضي به عدة الحرة ، وتكون به الأمة أمَّ ولد .

وإن ادعت الأمة أنها قد أسقطته فالسقط لايخفى دمه ، وينظر إليها النساء فإن كان بها من ذلك مايعلم أنها قد أسقطته أجزأها ذلك إذا ظهر ، وإلا لم تصدق خوفاً أن يكون ريحاً فانفش ، وكذلك إن قالت : أسقطت من مدة عشرة أيام ، وانقطع الدم عني ، فلاتصدق،/ ولايطؤها المبتاع حتى يستبرئ لنفسه بحيضة ، [١٤/ب] ولاحجة له في رد الثمن وطلب المواضعة ، لأن البائع يقول : بعتكها وهي ظاهرة الحمل يعرفه النساء ويشهدن عليه ، والنقد فيها جائزٌ ، وقد انتقدت ولاأدري ماصار إليه أمر الحمل ، وإذا كانت الأمة من وَخش الرقيق و[لم] [1] يطأها البائع [2] جاز بيعها بالبراءة من حملٍ غير ظاهرٍ ، كان البائع قد استبرأها أم لا ، ويجوز فيها اشتراط ترك المواضعة وانتقاد الثمن ، ويقال للمبتاع : استبرئ لنفسك بحيضةٍ مستقبَلةٍ قبل أن تطأ ، ثم لاردَّ للمبتاع إن ظهر حملٌ ، لأن البائع قد تبرّأ منه [3] .

---

(١) من تهذيب المدونة .

(٢) في ب "المبتاع" .

(٣) انظر : المدونة ١٢٩/٣،١٣٠ ، تهذيب المدونة ص١٠٩،١١٠ .

[فصل ٢ ـــ في التبري من الحمل]

وإن كانت رائعةً ولم يطأها البائع فلايجوز بيعها بالبراءة من حملٍ غير ظاهرٍ وإن كان البائع قد استبرأها ، ويفسخ البيع بينهما .

وفي هذا البيع أيضاً وجهٌ آخر:أنه اشترط النقد في المواضعة ولابد فيها من المواضعة ، وإن كانت بينة الحمل جاز تبري البائع من الحمل إن لم يكن منه ، وجاز فيها النقد ، ولاتصدق إلا في حيض الاستبراء إن ادعت الحيضة ولافي السِّقْط حتى يراها النساء ، لأن العهدة على البائع ، ولاتسقط بقول الجارية إلا بالبينة التي تجوز في مثلها ، أو تبرئة المشتري مما له أوقفت[1] .

وفي كتاب محمد وابن حبيب : إن البيع جائزٌ والشرط باطلٌ كبيعها بشرط ترك المواضعة ، وقبضها كالوَخْش ولم يتبرأ من حملٍ غير ظاهرٍ أن البيع جائزٌ ويلزمان حكم المواضعة ، فكذلك هذا[2] .

[فصل ٣ ـــ في الأمة هل تصدق في حيض الاستبراء؟]

ومن المدونة : وأما الحرة فهي في ذلك كله مصدقةٌ ولاينظر إليها أحدٌ ، لأن الله عز وجل ائتمنها عليه فقال : ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ ٱللَّهُ فِيٓ أَرْحَامِهِنَّ﴾[3] ، وهي الحيضة والحمل[4] .

قال الشيخ : ابن عبدوس : قال غيره : ومن باع جاريةً زانيةً أو معتدةً فإن كان الزنا معروفاً أو الزوج فالبيع جائزٌ ، ولامواضعة فيها ، ولاتُرد بحملٍ إن أمكن

---

(١) انظر : المدونة ١٣٠/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٠ .

(٢) انظر : المنتقى ٢٠٣/٤ .

(٣) سورة البقرة : آية ٢٢٨ .

(٤) انظر : المدونة ١٣٠/٣ .

أن يكون من ذلك الزنا لقُربه ، وإن كان الزنا والزوج لايُعرف فالبيع فاسدٌ ، لأنه أراد بذلك تجويز بيع الرائعة بلامواضعة ، وبالبراءة من الحمل[١] .

قال بعض فقهائنا : وقيل في المغتصبة : لامواضعة فيها كما قيل في الزانية المعلوم زناها وإنما عليه الاستبراء ، وهو واجبٌ إذا غاب عليها الغاصب ،ولفظ الاستحباب الذي جرى في الكتاب إنما أراد به الإيجاب .

قال : ولامواضعة في أم الولد إذا بيعت فَرُدَّ بيعها ، إذ لو هلكت في يد المبتاع كان ضمانها من البائع ، وأما المدبرة إذا بيعت فَرُدَّ بيعها ففيها المواضعة ، لأنها لو حملت من المبتاع كانت له أُمَّ ولدٍ، ونفقتها على المبتاع ، فلارجوع له على البائع بما أنفق عليها في حال المواضعة إن خرجت من المواضعة[٢] .

قال الشيخ : وعلى القول الذي إذا بيعت وعتقت يرد بيعها فلامواضعة فيها كأم الولد ، وكذلك القول في المكاتبة والمدبرة .

---

(١)،(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٨/ب .

[الباب الرابع]
في المواضعة وعدتها والنقد فيها

[فصل ١ ــ في المواضعة وسببها]

قال مالك في العتبية والواضحة : أرى أن يُحمَل الناس على المواضعة في الرائعة وفيما وطئه البائع من الوخش[١] .

قال ابن حبيب : ويؤدب تاركها[٢] .

قال ابن عبدوس : تتواضع لما يُتَّقى من الحمل فيها وإذا لم يلزم المبتاع تعجيل الثمن فيها لذلك لم يلزم البائع دفعها إلى المبتاع ، وفارق الحمل فيها سائر العيوب ، لأن[٣] الظاهر من العيوب السلامة ، ولايظهر له سببٌ يُتَّقى ، وهذه الغالب أن لايؤمن منها الحمل وسببه قائمٌ / ، فيصير النقد تارةً سلفاً ، وتارةً ثمناً ، وتصير [١٥/أ] البراءة لها فيها غررٌ بيِّنٌ ، بخلاف سائر العيوب التي الغالب منها السلامة ، وخرجت الوخْش من ذلك ، لأن الغالب من حالها غير الوطء[٤] ، فصار ذلك فيها كسائر العيوب في تعجيل قبضها ، وكذلك في البراءة من الحمل فيها فلم يكن لها حكم الرائعة[٥] .

---

(١)،(٢) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٧/أ .

قال ابن رشد : وهي واجبةٌ عند مالكٍ وعامة أصحابه لرفع الغرر والخطر والسلف الذي يجرُّ المنافع . المقدمات الممهدات ٢/١٤٥ .

(٣) في أ ، ب "أن" .

(٤) قال أبو الوليد الباجي : واحتج لذلك بأن الرائعة يُنقِص الحمل معظم ثمنها ، والوَخْش لاينقص ثمنها ، فإن نقَص فينقص منه اليسير ، والغرر الكثير يُفسِد العقود دون يسيره . المنتقى ٤/٢٠٤ .

(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٧/أ .

[فصل ٢ ــ في المواضعة على يد النساء]

ومن المدونة : قال مالك : ومن اشترى جاريةً من أعلى الرقيق فأحب إلي أن تكون مواضعتها على يد النساء وهو الشأن[١] .

وذكر عن أبي موسى بن مناس[٢] : لايجزئ في المواضعة امرأةٌ واحدةٌ ، ولابد من امرأتين تشهدان [أن][٣] الأمة حاضت ـ أجراه مجرى حكم الشهادة ـ .

وقال ابن الكاتب وابن عبد الرحمن[٤] : يجزئ في ذلك قول امرأةٍ ، ولايحتاج أن توضع على يد أكثر من امرأةٍ ، وإنما هو من باب نقل الخبر لامن باب[٥] الشهادة[٦] .

[فصل ٣ ــ في المواضعة على يد رجل]

ومن المدونة : وإن وضعاها على يد رجلٍ له أهلٌ ينظرون إليها أجزأه ذلك ، وكره مالك ترك المواضعة وائتمان المبتاع على الاستبراء .

---

(١) انظر : المدونة ١٣١/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٠ .

(٢) هو أبو موسى عيسى بن مناس اللَّواتي ، من كبار فقهاء إفريقية ونُبهائها والمُقدَّمين بها ، تفقه بابن هشام ، وكان الاعتماد عليه في القيروان في الفتوى والتدريس بعد ابن أبي زيد ، ألف كتاب القصر ، وله تفسيرٌ لمسائل المدونة مُسطَّرة ، توفي سنة ٣٩١هـ .
انظر : ترتيب المدارك ٦٢٤/٢ ، معالم الإيمان ١٢٨/٣ .

(٣) من تهذيب الطالب .

(٤) هو أبو بكر بن عبد الرحمن الخولاني .

(٥) في أ ، ب زيادة "نقل" .

(٦) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٧/أ .

قال ابن القاسم : فإن فعلا أجزأهما إن قبضا على الأمانة ، لأن البائع ائتمنه على ذلك ورضي بقوله ، وهي من البائع حتى تدخل في أول دمها[١] .

ابن المواز : قال ابن القاسم : ووضعها على يدي رجلٍ عدلٍ له أهلٌ ينظرون إليها أحسن من وضعها على يد المشتري ، فإن وضعت على يد المشتري فجائزٌ ، وهو مُصدَّق ، إلا أن للبائع أن يبدو له فيضعها على يد غيره ، ولو وضعاها بيد أجنبيٍّ لم يكن لأحدٍ منهما أن ينقلها عنه إلا أن يرى لذلك وجهاً[٢] .

قال مالك : وإن اختلفا في الثمن وضع أيضاً بيد عدلٍ ، ولايجوز أن يوضع بيد البائع وإن طبع عليه[٣] ، بخلاف الرهن يشترط الطبع عليه ، إذ ليس الرهن عين حقه ، وإنما هو توثقةٌ ، والثمن في المواضعة هو عين حقه ، وكذلك الثمن في بيع الخيار وبيع الشيئ الغائب لايجوز انتقاده وإن طبع عليه ، لأنه عين حقه[٤] .

وأجاز في كتاب ابن المواز في بيع الخيار قبض المثمون الذي لايعرف بعينه بشرط الطبع ، وإذا جاز في المثمون جاز في الثمن ، وهذا أقيس في السلامة من تارةٍ سلفاً وتارةٍ بيعاً[٥] .

وقال في العتبية : ليس عليه أن ينقده حتى تحيض ، وليس عليه مواضعة الثمن إن طلب ذلك للبائع .

قال عيسى عن ابن القاسم : ولو تطوع بالنقد من غير شرطٍ جاز ، ثم إن استبرئت فليس له استرجاعه إلا أن تستمر حاملاً[٦] .

---

(١) انظر : المدونة ١٣١/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٠ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣١/ب .

(٣) أي طبع عليه الطابع وهو الخاتم الذي يختم به . انظر : اللسان ، مادة (طَبَعَ) .

(٤) انظر : النكت والفروق ل٨٠/أ ، تهذيب الطالب ل ٦٧/أ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٦٧/أ .

(٦) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٨٤/٤،١١٠ ، تهذيب الطالب ل٦٧/أ .

قال في كتاب[١] [محمد][٢] : وليس له أخذه ليجعله بيد غيره[٣] .

وقيل في قول محمد : لايجوز أن يجعل بيد البائع وإن طبع عليه : إنه إن نزل فبقي الثمن مطبوعاً عليه لم يفسخ ، وإن تعدّى عليه وانتفع به فههنا يفسخ[٤] .

قال الشيخ : وإنما أرى أنه إن نزل مضى ، لأن العقد وقع صحيحاً ، باشتراط الطّبع عليه ، وإنما كُرِه خوف التعدي عليه .

وقد روي عن مالكٍ فيمن أخذ ثوباً من البزّازين[٥] ونقد الثمن حتى يريه فإن لم يرضه رده؟

قال : وإن كان قريباً وطبع على الثمن ، أو جعله على يدي عدلٍ فجائز[٦] .

قال أصبغ : ومابيع على المواضعة ، أو على معرفة المواضعة والاستبراء فإن شرط النقد فيه يفسد البيع إلا أن يتطوع به بعد العقد فيجوز ، فأما مابيع على البتّ ممن لايعرف المواضعة ، مثل بيع أهل مصر ، ومن لايعرفها من البلدان يتبايعون على النقد ولايشترطون نقداً ولامواضعةً ، فهو بيعٌ لازمٌ لايفسخ ، ويقضى عليهما بالمواضعة[٧] .

قال مالك في العتبية : ولو انصرف بها المبتاع وغاب عليها / رد إلى المواضعة [١٥/ب] ولاحجة للبائع بغيبته عليها وهو قد ائتمنه عليها[٨] .

---

(١) في أ ، ب "الكتاب" ، وهو يوهم بأن المراد المدونة .

(٢) من تهذيب الطالب .

(٣) النوادر والزيادات ل٣١/ب .

(٤) ويحمل أنه إنما شرط أن يكون بيده ليفعل ماظهر من كسر الطابع والانتفاع به . تهذيب الطالب ل ٦٧/ب .

(٥) البزّازين:جمع بزّاز وهو بائع القماش . انظر : معجم لغة الفقهاء ص١٠٧ .

(٦)،(٧)،(٨) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٧/ب .

[فصل ٤ ـ فيمن قبضت على شرط الحيازة وسقوط المواضعة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فإن قبضها على شرط الحيازة وسقوط المواضعة ولم يشترط استبراءً في المواضعة ، أو جَهِلا وجه المواضعة فقبضها كالوحش ولم يتبرأ البائع من حملٍ لم يفسد البيع وألزمتهما حكم المواضعة ، فإن هلكت في أمرٍ لايكون فيه استبراءٌ فهي من البائع ، وإن هلكت بعد مدةٍ يكون فيها استبراءٌ فهي من المبتاع[1] .

ابن المواز : وذلك قدر الشهر ونحوه[2] .

[قال الشيخ] : وفي كتاب محمد قول آخر : أن البيع فاسدٌ[3] ، خيفة أن البائع حطّ من الثمن لمكان ضمان المشتري إياها بالعقد ، فأوجب على المشتري نقد الثمن ، فإذا طرحنا شرطه وأوجبنا الضمان على البائع وحرمناه نقد الثمن الذي مقتضى البيع يوجبه مضى ماحطَّ من الثمن بغير فائدةٍ ، قاله بعض القرويين .

وإن باع بالمواضعة ثم أسقطها بعد عقد البيع فأجازه ابن القاسم وأوجب نقد الثمن ، ولم يجز ذلك سحنون ، لأنه يؤدي إلى رفع الضمان بانتفاعه بالمبيعة[4] ويُعدُّ هذا زيادةً فيها[5] .

---

(١) انظر : المدونة ٣/١٣١،١٣٢ ، تهذيب المدونة ص١١٠ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢/ب .

(٣) المصدر نفسه ل٣٣/أ .

(٤) في أ ، ب "بالمنفعة" ، وهو تصحيف .

(٥) قال ابن رشد : ويدخله على مذهب سحنون سلفٌ جرَّ منفعةً ، لأنه عجَّل له النقد بما تعجَّل من منفعة الجارية .
انظر : المقدمات الممهدات ٢/١٤٩،١٥٠ .

[فصل ٥ ــ فيمن زعم بائعها أنه لم يطأ أو قال : وطئت واستبرأت]

ومن المدونة قال : وإن تبرّأ البائع في العقد من الحمل وليس بظاهرٍ ، وشرط قبضها كوَخْش الرقيق ، وزعم أنه لم يطأ ، أو قال : وطئت فاستبرأت ، وهي رائعةٌ فسد البيع ، وهي من المبتاع من يوم قبضها ، وترد إلا أن تفوت فيلزم المبتاع قيمتها يوم القبض ، أقامت عنده مدة الاستبراء ، أو يوماً ، أو يومين[1] .

ابن المواز : وهي من البائع حتى تخرج من الاستبراء في البيع الصحيح ففي الفاسد أحرى ، وكمن شرط النقد في بيع الخيار[2] .

[فصل ٦ ــ فيمن أقر بائعها بالوطء وشرط ترك المواضعة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ولو أقرّ البائع بوطئها ولم يدّعِ استبراءً وتبرّأ من الحمل وشرط ترك المواضعة ، فهذا أيضاً فاسدٌ ، فإن هلكت في مدةٍ لايكون فيها استبراءٌ فهي من البائع ، وماولدت فهو به لاحِق ، ولاينفعه شرطه ، وإن هلكت بعد مدةٍ فيها استبراءٌ فهي من المبتاع ، وعليه قيمتها يوم جعلناها تحيض في مثله ، لأن من ذلك اليوم وجب عليه ضمانها ، ولاينفعه إن ادعى أنها لم تحض[3] .

قال الشيخ : والفرق عند ابن القاسم والله أعلم:أنه إذا أقر بالوطء فقد علقها بنفسه ، وإن أتت بولدٍ لحق به ، فوجب أن تكون في ضمانه إلى انقضاء أمدٍ يكون فيه الاستبراء ، وإذا أنكر الوطء فلم يعلقها بنفسه ، فلايلحقه ولدٌ وإن أتت به ، فوجب أن تكون بالقبض في ضمان المبتاع كسائر البيوع الفاسدة ، وفارقت

---

(١) انظر : المدونة ١٣٢/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٠ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢/ب .

(٣) انظر : المدونة ١٣٢/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٠ .

أيضاً مسألة بيع الخيار الذي احتج عليه بها محمد ، لأن أمد الخيار الذي الضمان فيه من البائع اتفقا على إيقافه ، وفي هذه المسألة قد أسقط أمد المواضعة الذي الضمان فيه من البائع ، وشرط قبضها كالوَخْش ، وإنما يشبه مسألة الخيار أن لو باع الجارية على المواضعة وشرط النقد فيها فهاهنا تشبه المسألتين[(١)] ، والله أعلم .

قال ابن حبيب : إذا هلكت في مثل ما لا يكون[(٢)] فيه استبراءٌ فهي من البائع بعد يمين المبتاع أنها لم تحض عنده ، وقاله مالك ـ يريد : إذا أمكن أن تحيض عنده ـ .

قال ابن حبيب : ومعنى مافيه استبراء إن كان وقت أيام حيضتها معروفةً فذهاب قدرها فيه استبراءٌ ، وإن لم تكن معروفةً جُعِلَ على أغلب أحوال النساء ، وذلك شهرٌ ، فإن مضى شهرٌ قبل أن تموت فهي من المبتاع ، وإن ماتت قبله فمن البائع ، وإن لم تمت وجاء بها بعد شهرٍ أو أكثر وقد حدث بها عيبٌ فقال : لم تحض / ، فهو مصدق ، ويردها بعد شهرين وثلاثةٍ بالعيب الذي زعم أنه حدث [١٦/أ] قبل أن تحيض ، والعيب تبعٌ للحيضة ، فهو مصدق أيضاً أنها لم تحض ما لم تَفُتْ ، ولأنه لو لم يحدث بها عيبٌ كان له ردها بعيب تأخير الحيض[(٣)] .

ومن كتاب البيوع الأول لابن المواز قال : إذا اشترط البراءة من الحمل ، أو ترك المواضعة رد البيع .

ـ **قال الشيخ** : فأفسد البيع باشتراط ترك المواضعة ، وذلك خلاف المدونة[(٤)]ـ

قال بعض فقهائنا : وهو القياس ، لأنه غررٌ ووضيعةٌ من الثمن لسقوط الضمان عن البائع وطرح النفقة ، والله أعلم[(٥)] .

---

(١) انظر : النكت والفروق ل٨٠/ب ، ٨١/أ .

(٢) في ز " مايكون" .

(٣) النوادر والزيادات ل٣٢/ب ، تهذيب الطالب ل ٦٨/أ .

(٤) كما تقدم ، انظر ص٩٦٣ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٦٨/أ،ب .

وذكر عن أبي بكر بن أبي عبد الرحمن فيمن باع أمةً على المواضعة بثمنٍ مؤجلٍ : إن الأجل إنما يحسب من يوم خروجها من الاستبراء ، وتصير في ضمان المشتري ، بمنزلة السلع الغائبة .

وأجاب فيها أبو عمران : إن الأجل من يوم العقد ، إلا أنه لابد أن يوسَّع الأجل توسعاً تنقضي المواضعة قبله ، لئلا يصير إلى النقد في المواضعة[1] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٦٨/ب .

[الباب الخامس]
فيمن ابتاع زوجته، وكيف إن باعها أو استبرأها من فسخ نكاحها، أو بيعت بغير إذن ربها ومن وطئ جارية ابنه

[فصل ١ — في استبراء من اشتراها زوجها وكيف إن باعها أو استبرأها من فسخ نكاحها]

قال ابن القاسم: ومن اشترى زوجته قبل البناء أو بعده لم تستبرأ، فإن ابتاعها قبل البناء ثم باعها قبل أن يطأها، أو بعد إن وطئ فليستبرئ المبتاع بحيضة.

ـ **قال الشيخ**: يريد وفيها المواضعة ـ.

وكذلك إن ابتاعها بعد البناء ثم باعها بعد أن وطئها فليستبرئها مشتريها منه بحيضة، لأن وطأه فسخٌ لعدتها منه، ولو باعها قبل الوطء هٰهنا لم تحل له إلا بحيضتين عدة فسخ النكاح[1].

قال غيره في كتاب ابن عبدوس: وفيها المواضعة، لأنها إن كانت حاملاً رجعت له أم ولد[2].

قال أبو الحسن وغيره: إن الحيضة الأولى تكون في مواضعة، وتبرئها للمشتري[3] والثانية تتم بها عدة فسخ النكاح[4].

وضمانها من المشتري، لأنها تعتد.

فإن قيل: فلم كان فيها الاستبراء ولم تكن كذات الزوج إذا بيعت والمعتدة؟

---

(١) لأن شراءه إياها فسخ لنكاحه.
انظر: المدونة ٣/١٣٢،١٣٣، تهذيب المدونة ص١١٠.

(٢) انظر: تهذيب الطالب ل ٦٩/أ.

(٣) في أ، ب "البائع" والتصحيح من النكت.

(٤) النكت والفروق ل٨١/أ.

قيل له : لأنه لما اشتراها زوجها صارت كأمةٍ له كان يطؤها ، فإذا باعها فلابد فيها من المواضعة خوفاً أن تكون حاملاً منه فتكون أمَّ ولدٍ له ، فإن وطئها الزوج بعد الشراء ذهبت العدة ولم يبق إلا أمةٌ مبيعةٌ توطأ ، فوجب فيها المواضعة .

وقد قال مالك : ليس عليها إلا حيضة ، وطئ أو لم يطأ[1] ، ووجه هذا : كأنه رأى أن العدة إنما تكون في الطلاق ، وأما في فسخ النكاح فإنما فيه حيضةٌ كاستبراء المبيعات .

وأما إذا اشترى ذات زوج طلقها زوجها قبل البناء فقال ابن القاسم : لايطؤها المشتري إلا بعد حيضةٍ، لأنها أمةٌ مبيعةٌ[2] .

وقال سحنون : يطؤها مكانه كما كان لبائعها أن يطأها مكانه[3] .

قال في كتاب ابن عبدوس : ولو باعها سيدها الأول وهي تحت زوجٍ ، أو في عدةٍ من زوجٍ لم تكن فيها مواضعة ، وقبضها مكانها ، وإن ظهر بها حملٌ لم ترد وكان رقيقاً ، وهي مخالفةٌ للمسألة الأولى .

ومن المدونة : ولو طلقها بعد البناء واحدةً ثم ابتاعها في العدة ، ثم باعها ، فإن كان قد وطئها بعد الشراء استبرأها مشتريها منه بحيضةٍ ، وإن لم يطأها بعد الشراء لم تحل لمشتريها إلا بحيضتين من يوم طلاقه ، ولو باعها بعد حيضةٍ لم تحل له إلا بعد حيضةٍ ثانيةٍ ، / ولو باعها بعد انقضاء العدة فاستبراؤها حيضةٌ ، كان الطلاق واحدةً أو ثلاثاً[4] . [١٦/ب]

ومن كتاب العدة : ولو اشترى مكاتبٌ زوجته بعد البناء ، ثم لم يطأها حتى مات أو عجز فعلى السيد فيها حيضتان من يوم الشراء ، وكان مالكٌ يقول : حيضة ، ثم رجع إلى هذا وهو أحب إلي ، لأنها معتدةٌ كمن باع معتدةً من

---

(١) وقد تقدم قريبا من قول ابن القاسم .

(٢)،(٣) انظر : المدونة ١٣٥/٣ .

(٤) لأنه اشتراها وليست له بامرأة .

انظر : المصدر نفسه ١٣٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٠ .

طلاق[1] ـ يريد : إنها قولةٌ لمالكٍ في كل من اشترى زوجته من حرٍ أو عبدٍ، ثم باعها أو أعتقها فإنها تستبرئ بحيضةٍ، ثم رجع عنه إلى حيضتين ، ذكر ذلك في المختصر الكبير وكتاب ابن المواز ـ

ومن الاستبراء : وإن تزوجت أمةٌ بغير إذن سيدها ففسخ النكاح بعد البناء لم يمسها إلا بعد حيضتين ، لأنه استبراءٌ من نكاحٍ يلحق فيه الولد ، ويدرأ عنه الحد ولاعدة عليها .

وقد قال بعض الناس : إنه نكاح .

ومن باع أمةً بغير إذن ربِّها ثم أجاز ربُّها البيع بعد أن حاضت عند المبتاع أجزأه كالمودعة[2] .

فصل [٢ ـ في استبراء جارية الابن إن وطئها الأب]

قال ابن القاسم : ومن وطئ جارية ابنه فقوِّمت عليه فليستبرئها إن لم يكن الأب قد عزلها عنده واستبرأها .

وقال غيره : لابد أن يستبرئها لفساد وطئه وإن كانت مستبرأةً عند الأب[3].

قيل لابن القاسم : فلم جعلته يستبرئ والولد يلحق بالأب؟

قال : لأنه وطءٌ فاسد ، وكل وطءٍ فاسدٍ فلايطأ فيه حتى يستبرئ[4] .

قال الشيخ : وحكي عن ابن القابسي : إن قول ابن القاسم أحسن ، قال : لأن الأب إذا تلذذ بجارية ابنه حَرُمت على الابن ، ووجبت على الأب القيمة ،

---

(١) انظر : المدونة ٢/٤٨٠ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٣/١٣٣ ؛ تهذيب المدونة ص١١٠ .

(٣) لأن وطأه إياها كان تعدياً فلزمته لذلك القيمة .

(٤) انظر : المدونة ٣/١٣٣،١٣٤ ، تهذيب المدونة ص١١٠ .

وهذه لما كانت مستبرأةً عند الأب فبأول وضع يده عليها وجلوسه بين فخذيها وجبت عليه القيمة ، وصار وطؤه في أمةٍ مستبرأةٍ[1] .

قال الشيخ : وهذا معنى قوله دون لفظه .

(١) انظر : النكت والفروق ل٨١/أ .

[الباب السادس]
في تزويج الرجل أمته وقد وطئها أم لا

قال مالك رحمه الله : وللرجل أن يزوج أمته [التي] [١] لايطؤها بغير استبراء [٢] .

قال عنه ابن وهب : ولاتستبرأ الأمة في النكاح ، ولايتزوج أمةً قد وطئها حتى تحيض حيضةً من يوم وطئها [٣] .

قيل لمالك : أفلا يزوجها ويكف عنها الزوج حتى تحيض؟

قال : لا ، فإن زوجها بعد وطئها قبل أن تحيض حيضة ، ثم لم يطأها الزوج حتى حاضت حيضةً فالنكاح مفسوخٌ ، ولايجوز نكاح إلا حيث يجوز الوطء إلا في دم النفاس ، أو في دم الحيض من غير معتدةٍ ، أو من دخلت من المعتدات في الحيضة الثالثة في الحرة ، أو الثانية في الأمة ، فإن النكاح يجوز في ذلك ، ولاتوطأ حتى تطهر .

ومن زنت أمته لم يطأها ولم يزوجها إلا بعد حيضة .

ومن ابتاع أمةً رائعةً فأقر البائع بوطئها أو لم يقر ولم يجحد لم يزوجها حتى تخرج من الاستبراء ، إذ يلحق بالبائع ماتأتي به من ولدٍ إن ادعاه .

ومن باع أمةً من وَخْش الرقيق ولم يطأها وتبرأ من الحمل إن كان بها فلايطؤها المبتاع حتى تحيض ، وله أن يزوجها قبل أن تحيض إن لم يكن بها حملٌ [ظاهرٌ] [٤] كما كان لبائعها ، وأصل هذا أن تنظر إلى كل جاريةٍ كان للبائع أن يزوجها قبل أن يستبرئها فذلك أيضاً جائزٌ للمبتاع إذا قبلها بعد الشراء ، فإذا لم يكن ذلك للبائع حتى يستبرئها كان المبتاع مثله [٥] .

---

(١) من تهذيب المدونة .

(٢)،(٣) انظر : المدونة ١٣٤/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٠ .

(٤) من تهذيب المدونة .

(٥) انظر : المدونة ١٣٥،١٣٤/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٠ .

قلت : فإن كانت رائعةً فابتاعها وتواضعاها أيجوز للمبتاع أن يزوجها؟

قال : إذا قال البائع : لم أطأها وإن كان حملٌ فليس مني ، ولم يتبرأ من الحمل ، جاز البيع ، وللمبتاع قبولها في المواضعة قبل حيضها ، وقبضها / على [١٧/أ] الرضى بالحمل إن كان بها ، ولايجوز ذلك في أصل التبايع[١] .

قال ابن عبدوس : إن دفع البائع الرائعة إلى المبتاع بعد صحة العقد على أن المبتاع راضٍ بما ظهر بها من حملٍ أو غيرِه ولم يكن البائع وطئها فابن القاسم يرى أنه يتعجّل قبضها على ماأحب البائع أو كرِه ، كما له الرضى بحملٍ لو ظهر ، وإذا قبضها على ذلك برضى البائع أو بغير رضاه فعليه تعجيل الثمن ، ولم ير سحنون للمشتري تعجيل قبضها قبل الحيض ، لأنه يسقط الضمان عن البائع لتعجيل منافعه بها ، وكذلك إن طاعا جميعاً بذلك ، فكأنه عجّل له الثمن بما تعجّل من منفعتها ، فهو كسلفٍ بنفعٍ[٢] .

قال أبو محمد : إنما تصح هذه العلة لو كان ليس له تعجيلها إلا برضى البائع وأما على مايجب له من ذلك وإن كره البائع فلايصح ، فإن قلت : ولم كان ذلك؟

قيل : كما له أن يرضى بحملٍ قبل أن يظهر .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : فإذا قبلها المبتاع جاز له أن يزوجها مكانه قبل أن يستبرئها كما كان للبائع ، ويحلُّ للزوج وطؤها مكانه .

قال سحنون : كيف يزوج من لايحل له وطؤها؟

قال ابن القاسم : وقد قال مالكُ فيمن باع أمةً رائعةً مثلها يتواضع للاستبراء فظهر بها حملٌ فقبِلها المبتاع به : إن ذلك له ، وهو كعيبٍ حدث بها وليس للبائع ردها إلا أن يدعي أن الحمل منه[٣] .

---

(١) ثم قال : فإذا قبلها جاز له أن يزوجها وهو بمنزلة عيبٍ حدث بها،اعورت عينها أو قطعت يدها .

انظر : المدونة ٣/١٣٤ ، تهذيب المدونة ص١١٠ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٢/أ،ب .

(٣) انظر : المدونة ٣/١٣٥ ، تهذيب المدونة ص١١٠ .

[الباب السابع]
في استبراء ذات الزوج والمعتدة والمرتابة وما يحدث للأمة في المواضعة

[فصل ١ ــ في استبراء ذات الزوج]

قال ابن القاسم : ومن ابتاع أمةً ذات زوجٍ فطلقت قبل البناء فلايطؤها حتى تستبرئ بحيضة[١] .

وقال سحنون : يطأ مكانه[٢] .

وقال عبد الملك : لامواضعة في ذات الزوج وإن لم يبن بها الزوج ، ولاترد بحملٍ إن ظهر إلا أن تضعه لأقل من ستة أشهرٍ من يوم تزوجها ، فلايلحق به ، ويفسخ النكاح ، وللمشتري ردها بعيب هذا الحمل ويفسخ البيع[٣] .

وجرى لابن المواز في بعض الروايات : إذا اشترى زوجته ثم ظهر بها حملٌ لم يردها به ، ويرجع بقيمة عيب الحمل[٤] .

قال بعض أصحابنا : فهذا خلاف المشهور من قولهم : إنه لامواضعة في ذات الزوج ، وهي بعقد الشراء في ضمان المبتاع ، ولادرك فيها بعيبٍ على حال[٥] .

قال الشيخ : لاأدري لم هذا ، وإنما ينبغي ألا تُرد بعيبٍ حدث من يوم الشراء ، إذ لامواضعة فيها ، وأما بعيبٍ قديمٍ لم يطّلع عليه المبتاع فله الرد به كشراء العبد الذي هو بعقد الشراء من المبتاع .

---

(١)،(٢) انظر : المدونة ١٣٥/٣ ، تهذيب المدونة ص١١٠ .

(٣) النوادر والزيادات ل٣٥/ب .

(٤)،(٥) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٨/ب .

[فصل ٢ ـــ في استبراء المعتدة والمرتابة]

ومن المدونة : قال ابن القاسم : ومن اشترى معتدةً من وفاة زوجٍ فحاضت قبل تمام شهرين وخمس ليالٍ لم يطأها حتى تتم عدتها ، فإن انقضت عدتها أجزأتها من العدة والاستبراء ، وإن تمت عدتها و لم تحض بعد البيع انتظرت الحيضة ، فإن رفعتها حتى مضت ثلاثة أشهرٍ ويئست من نفسها انتظرت تمام تسعة أشهرٍ من يوم الشراء ، فإن زالت الريبة قبلها حلّت ، وإن ارتابت بعدها بحسِّ البطن لم توطأ حتى تذهب الريبة ، فإن استبرأت معتدةُ من طلاقٍ وهي ممن تحيض فارتفعت حيضتها فإذا مضت سنةُ من يوم الطلاق وليوم الشراء ثلاثة أشهرٍ فأكثر حلّت .

قال سحنون : لامواضعة في معتدةٍ كذات الزوج وهي بعقد الشراء في ضمان المبتاع .

قال ابن وهب عن مالك : ولايجردها المبتاع لينظر إليها عند البيع ، ولايتلذّذ بشيءٍ منها حتى تنقضي / عدتها من طلاق ، أو وفاة[(١)] . [١٧/ب]

وقال عبد الملك فيمن ابتاع معتدةً من وفاةٍ فانقضت عدتها بعد شرائه بيومٍ فلايقربها حتى تحيض ، ولامواضعة في هذه الحيضة على البائع ، ولو حاضت بعد البيع قبل تمام العدة أجزأته ، وحلّت بتمام العدة ، ولو ظهر بها حملٌ لم ترد به وإن وضعته لستة أشهرٍ من يوم البيع[(٢)] .

قال الشيخ : لأنه على ذلك دخل ، لأن الزوج كان مطلّقاً عليها فلم يكن له في الحمل حجة .

وحكي عن القابسي أنه قال : إن كانت معتدةً من طلاقٍ فرفعتها حيضتها فلاتوطأ إلا بعد سنةٍ ، وإن قال القوابل بعد ثلاثة أشهرٍ وقبل سنة : لاحمل بها ، فلاتوطأ إلا بعد حيضتين ، أو سنةٍ لاحيض فيها ، وليست كالمعتدة من وفاة ، هذه

---

(١) انظر : المدونة ١٣٦/٣، ١٣٧ ، تهذيب المدونة ص١١٠، ١١١ .

(٢) النوادر والزيادات ل٣٥/ب .

إن قال القوابل بعد ثلاثة أشهرٍ وقبل تمام التسعة أشهر : لاحمل بها ، حلّ للمشتري وطؤها ، لأن العدة من الوفاة قد انقضت بمضي شهرين وخمس ليال ، والتربص لزوال الريبة فمتى زالت حلّت ، والمطلقة عدتها بعد التسعة أشهر التي لزوال الريبة، فأمرهما مفترق[١] .

ومن المدونة : قال سحنون : وقد روي عن مالكٍ اختلافٌ في التي تستبرأ وهي ممن تحيض ، فرفعتها حيضتها بعد الشراء ، فروى عنه ابن وهب : إنها تستبرأ بتسعة أشهر .

وروى عنه ابن غانم[٢] : إنها إذا مضت لها ثلاثة أشهرٍ دُعي لها القوابل ، فإن قلن : لاحمل بها ، فقد حلت .

قال أشهب : وهي[٣] أحب إلي ، لأن رحمها يبرأ بثلاثة أشهرٍ كما يبرأ بتسعة أشهر[٤] .

وقال مالكٌ في موضعٍ آخر : إذا رفعتها حيضتها انتظرت ثلاثة أشهر ، إلا أن ترتاب فترفع بها إلى تسعة أشهر ، فإن زالت الريبة قبل التسعة حلت ، وإن تمادت بعدها لم توطأ حتى تذهب الريبة ، فإن تأخر حيض الأمة في البيع لمرضٍ حدث بعد العدة[٥] فرضيه المبتاع أجزأتها ثلاثة أشهر[٦] .

---

(١) انظر : النكت والفروق ل٨١/ب .

(٢) هو أبو محمد عبد الله بن عمر بن غانم الرعيني القيرواني ، كان فقيهاً ثقةً نبيلاً ، ولي القضاء ، سمع من مالك وعبد الرحمن بن زياد بن أنعم وسفيان الثوري وغيرهم ، توفي سنة ١٩٠هـ .
انظر : طبقات علماء إفريقية وتونس ص١١٦ ، قضاة قرطبة وعلماء إفريقية ص٣٠٤ ، شجرة النور ص٦٢ .

(٣) أي رواية ابن غانم .

(٤) لأن الحمل يتبين في ثلاثة أشهر .
انظر : المدونة ١٣٦/٣،١٣٧ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

(٥) في أ "العقدة" .

(٦) انظر : المدونة ١٤٣/٣،١٤٤ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

وحكي أن أبا موسى بن مناس سئل : مافائدة التسعة أشهرٍ وهي لاتبرأ إلا بعد زوال الريبة؟

فقال : معنى ذلك : أنها إذا حسَّت شيئاً عند ثلاثة أشهرٍ فارتفعت إلى تسعة أشهر كفتها التسعة أشهر إذا لم تزد تلك الريبة وبقية بحالها ، فأما إن زادت الريبة بالحسِّ والتحريك فحينئذٍ تزيد على التسعة أشهرٍ حتى تذهب الريبة[1] .

[فصل ٣ ــ فيما يحدث للأمة في المواضعة]

ومن المدونة : وكل ماحدث بالأمة في المواضعة من مرضٍ أو هلاكٍ ، أو عيب ، أو غيره فمن البائع حتى ترى حيضةً مستقيمةً ، والمبتاع بالخيار في حدوث العيب في قبولها بجميع الثمن ، أو ردِّها ، فإن قبلها المبتاع فلاحجة للبائع[2] .

ابن وهب : وقضى عمر بن الخطاب أنها إذا ماتت في المواضعة فهي من البائع[3] .

[قال الشيخ] : قال بعض فقهائنا القرويين : وبأول دخولها في الدم صارت في ضمان المشتري عند ابن القاسم ، وحل له أن يُقبِّل ويتلذَّذ[4] ، وخالفه ابن وهبٍ وقال : حتى تستمر الحيضة لإمكان انقطاع الدم ، فلاتدخل في ضمان المشتري إلا بعد استحقاق الدم واستمراره .

ومن العتبية : روى عيسى عن ابن القاسم قال : واستبراء المستحاضة والتي رفعتها حيضتها ثلاثة أشهرٍ إلا أن تسترتيب فتبلغ بها تسعة أشهر ، وأما التي لاتحيض

---

(١) انظر : النكت والفروق ل٧٩/ب ، ٨٠/أ .
(٢) انظر : المدونة ١٤٤/٣ ، تهذيب المدونة ص١١١ .
(٣) انظر : المدونة ١٢٧/٣ .
(٤) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٨/أ .

إلا في ستة أشهرٍ أو في الحول فثلاثة أشهرٍ تبرئها إذا لم ترتب ، ولأنها والمرضع تبريان / في عدة الوفاة بتمام أيامها إذا لم ترتابا[١] . [١٨/أ]

وروى عنه يحيى بن يحيى في التي لاتحيض إلا في ستة أشهرٍ قال : لايبرئها إلا الحيضة ، فإن ارتابت رفعت إلى التسعة أشهر ، وأما التي لاتحيض إلا بعد التسعة في نحو السنة فثلاثة أشهرٍ تبرئها في الاستبراء ، إلا أن ترتاب فتبلغ التسعة .

وأما المرضع فاستبراؤها ثلاثة أشهرٍ ، فإن ارتابت بلغت التسعة ، وكل من رفعت منهن إلى التسعة فهي في ضمان البائع إلى تمامها ، ولاتوطأ دون ذلك[٢] .

---

(١) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ٤/١٠٠،١٠١ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٤/١١٥ .

[الباب الثامن]
فيمن وطئ جارية ثم اشترى أختها أو تزوجها

[فصل ١ ـــ فيمن وطئ جارية ثم اشترى أختها]

روي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال : من وطئ جاريةً بملك يمينه وعنده أختها فلايطأ الثانية حتى يعتق الأولى[١] .

قال ابن عمر : أو يخرجها من ملكه[٢] .

قال ابن شهاب وغيره : بعتقٍ أو تزويجٍ أو بيعٍ[٣] .

وقد كره الجمع بين الأختين في المِلْك عثمان بن عفان والزبير بن العوّام والنعمان بن بَشير[٤] صاحب النبي صلى الله عليه وسلم[٥] [٦] .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في الرجل يكون عنده الأختان مملوكتان فيطأهما جميعاً ٤٧١/٣ رقم (١٦٢٤٦) .

(٢) أخرجه البيهقي ، كتاب النكاح ، باب ماجاء في تحريم الجمع بين الأختين وبين المرأة وابنتها في الوطء بملك اليمين ٢٦٧/٧ رقم (١٣٩٣٩) .

(٣) انظر : المدونة ١٤١/٣ .

(٤) هو النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الأنصاري الخزرجي ، هو أول مولود من الأنصار بعد الهجرة ، كان كريماً جوّاداً شاعراً ، ولي الكوفة لمعاوية وأقام بها ، ثم ولي حمص ، ولما مات يزيد دعا النعمان لابن الزبير فقتله أهل حمص سنة ٦٥هـ .
انظر : الطبقات ١٢٢/٦ ، الاستيعاب مع الإصابة ٥٢٢/٣ ، الإصابة ٥٢٩/٣ .

(٥) أخرج أثر عثمان والنعمان ابن أبي شيبة ، كتاب النكاح ، باب في الرجل يكون عنده الأختان مملوكتان فيطأهما جميعا ٤٧١/٣،٤٧٢ رقم (١٦٢٥١،١٦٢٥٩) .

(٦) المدونة ١٤١/٣ .

قال مالك فيمن وطئ أمةً بالملك ثم ابتاع أختها ، أو عمَّتها ، أو خالتها لم يطأ الثانية حتى يحرِّم فرج الأولى ، فإن وطئ الثانية قبل تحريم فرج الأولى وقف عن معاودة كل واحدةٍ منهما حتى يحرِّم فرج واحدة[١] .

قال ابن القاسم : فإن حرَّم فرج الثانية أقام على وطء الأولى ، وإن حرَّم فرج الأولى لم يطأ الثانية حتى يستبرئ لفساد وطئه ، وليحرِّم فرج إحداهما ببيعٍ ، أو نكاحٍ ، أو بعتقٍ إلى أجلٍ ، أو بما تحرم عليه[٢] .

قال ابن المواز : ولايطأ الباقية حتى تخرج المبيعة من الاستبراء .

ومن المدونة : قال ابن القاسم : وإن ظاهر منها لم تحل له أختها ، إذ له الكفارة ، وكذلك إن باعها من عبده أو ابنه الصغير أو يتيمٍ في حِجره ، إذ له الاعتصار والانتزاع بالبيع[٣] .

ومن المدونة : قال : وكذلك إن زوجها تزويجاً لايُقَرَّان عليه ، أو باعها من أجنبي بيعاً فاسداً إلا أن تفوت بالبيع الفاسد ، فتحل له أختها ، وإن باعها وبها عيوبٌ حلَّت له أختها ، وهو بيعٌ تامٌّ حتى يردَّها ، فإن أُسِرَت أو أَبَقَت إباق إياسٍ حلَّت له أختها .

قال : ومن اشترى أختين وطئ أيتهما شاء ، فإن وطئهما ، ثم باعهما ، ثم اشتراهما في صفقةٍ واحدةٍ وطئ أيتهما شاء ، فإن وطئهما ثم باع واحدة ، أو زوجها فلم يطأ الباقية حتى رجعت إليه تلك فلايطأ إلا الباقية لاالراجعة ، فإن وطئ إحداهما ، ثم باعها ، ثم وطئ الباقية ، ثم اشترى تلك المبيعة فلايطؤها حتى يحرِّم فرج الأخرى ، وكذلك إن باع أمةً وطئها ، ثم اشترى أختها فوطئها ، ثم اشترى تلك المبيعة فلايطؤها حتى يحرِّم فرج الأخرى ، ولو لم يكن وطئ الباقية حتى اشترى المبيعة وطئ أيتهما شاء[٤] .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ١٣٧/٣ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

(٢)،(٣)،(٤) انظر : المدونة ١٣٨/٣، ١٣٩ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

قال أبو بكر بن عبد الرحمن : ولو وهب إحداهما لابنه الكبير أو لأجنبيٍ لم تحل له أختها حتى يقبضها الموهوب له ، لأن الواهب لو أعتقها قبل قبض الموهوب له ، أو أحبلها لمضى فعله فيها وانتقضت الهبة ، فلذلك شرطنا القبض فيها[١] .

قال بعض فقهائنا : ولو اشترى الأختين في صفقةٍ ولم يَعلم أنهما أختان فهو عيبٌ يُرد به ، لأنه إذا وطئ إحداهما لم تحل له الأخرى حتى يحرِّم فرج الأولى .

وقيل : هذا[٢] خفيفٌ ، إذ يبقى له فيها أكثر المنافع سوى الوطء ، والأول أبين .

وكذلك لو وجدهما أُمّاً وابنةً ولم يَعلم ، فهو عيبٌ أشدُّ من الأول[٣] ، إذ يتأبّد التحريم في الواحدة بوطء الأخرى .

ولو ماتت واحدة[٤] قبل الوطء لم يكن له الرد على قول ابن القاسم وذلك كعيبٍ ذهب .

قيل : فإذا كانتا / متكافئتين فأراد ردَّ إحداهما ليزول العيب؟[٥] [١٨/ب]

قال الشيخ : فالذي يظهر لي أن له ذلك عند من يراه عيباً كمبتاع عبدين متكافئين يجد بأحدهما عيباً أن له أن يمسك السالم بحصته من الثمن[٦] ، فكذلك هذه ، والله أعلم .

---

(١) انظر : تهذيب الطالب ل ٦٩/ب .
(٢) أي كونهما أختين عيب خفيف لايرد به .
(٣) أي فيرد به .
(٤) أي من الأختين اللتين اشتراهما .
(٥) لأن العيب يزول بردها وتبقى الأخرى لاعيب فيها .
انظر : المصدر نفسه ل٦٩/ب .
(٦) أي ويرد المعيب . انظر : المصدر نفسه ل٦٩/ب .

[فصل ٢ ـــ فيمن وطئ جارية ثم تزوج أختها]

قال ابن القاسم : ومن وطئ أمةً بملك يمينه ، ثم تزوج أختها لم يعجبني هذا النكاح ، لأن مالكاً قال : لايجوز للرجل أن ينكح إلا في المواضع التي يجوز له فيها الوطء .

وقال أيضاً ابن القاسم : إن تزوج كان تزويجه جائزاً ، وأوقفته عنهما حتى يحرِّم أيتهما شاء[1] .

قال سحنون : وقال أشهب : إن نكح ثم وطئ الأخرى لم يضر ذلك النكاح وحرمت الأمة ، وإن وطئ الأمة ثم تزوج الأخت فعقد النكاح تحريمُ للأخت والنكاح جائز[2] .

قال بعض كبار أصحاب مالكٍ منهم عبد الرحمن[3] : إذا كان يصيب المملوكة فليس له أن ينكح أختها حتى يحرِّمها ، وله أن يشتري أختها قبل أن يحرِّمها ، لأن الشراء يكون لغير الوطء ، والنكاح لايكون إلا للوطء ، فلاينعقد نكاح أختٍ على أختٍ كان يُصيبها ، ولأن الجمع بين الأختين بملك اليمين في الوطء مقيسُ على مانهى الله عز وجل عنه في جمع الأختين في النكاح[4] ، فكما لاينعقد نكاح أختٍ على أختٍ ، فكذلك لاينعقد نكاح أختٍ على أختٍ كان يصيبها بملك اليمين[5] .

وفي النكاح الثالث إيعاب هذا المعنى[6] .

---

(١) فإما يطلق المنكوحة أو يحرم فرج الأمة ، فأيَّ ذلك فعل جاز له حبس الباقية .
انظر : المدونة ٣/١٤٠ .

(٢) انظر : المصدر نفسه ٣/١٤٠ .

(٣) أي ابن القاسم .

(٤) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَاقَدْ سَلَفَ﴾ . سورة النساء : آية ٢٣ .

(٥) انظر : المصدر نفسه ٣/١٤٠ .

(٦) انظر ص٣٣٩، ٣٤٠ .

[الباب التاسع]
في استبراء الأمة قبل البيع ، ومواضعتها وتوليتها من وضعت على يديه واشتراط النقد ، ومواضعة الثمن

قال مالك : ومن وطئ أمةً فلايبعها حتى يستبرئها ، ثم لابد له إن باع الرائعة من المواضعة ، كان قد استبرأها أم لا ، والحيضة فيها تجزئ المتبايعين .

ولو أن من وضعت على يديه تولاَّها بعد أن حاضت عنده تلك الحيضة و لم تخرج من يده أجزأته ووطئ مكانه .

وكذلك المودعة عنده ، والشريك تحيض عنده ثم يبتاع نصيب شريكه ــ يريد:وهي في حرزه لاتخرج .

قال : ولو وطئها البائع و لم يدَّع استبراء لم يجز له بيعها بالبراءة من الحمل ، كانت رائعةً أم لا ، ولابد فيها من المواضعة[١] ، وقد تقدم هذا[٢] .

قال مالك : ومن ابتاع جاريةً وهي ممن تستبرأ لم يجز اشتراط النقد فيها في عقدة البيع ، وضعت على يد المشتري أو على يد أجنبي ، واشتراط النقد فيها يفسد البيع[٣] .

قال أبو محمد : إذ لعلها أمُّ ولدٍ للبائع ، أو حاملٌ من غيره فيرد الثمن ، فيصير تارةً ثمناً وتارةً سلفاً ، فضارع مانهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه من بيع العُرْبَان[٤] .

---

(١) انظر : المدونة ١٤١/٣ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

(٢) انظر ص٩٥٧ .

(٣) انظر : المدونة ١٤٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

(٤) بيع العُرْبَان : هو إعطاء المبتاع البائع أو المُكري درهماً أو ديناراً على أنه إن تم البيع فهو من الثمن وإلا بقي للبائع .
انظر : الموطأ ٤٧٥/٢ ، شرح حدود ابن عرفة ٣٢٤/١ . =

قال مالك : وإن لم يشترط النقد في عقد البيع وتبرع المبتاع بنقد الثمن في المواضعة جاز ذلك ، ولابأس أن يشترطا مواضعة الثمن ، فإن هلك قبل محيضها ارتُقبت ، فإن خرجت من الاستبراء فهو من البائع ، وإن لم تخرج حتى هلكت ، أو ظهر بها حملٌ فهو من المبتاع[(١)] .

ابن المواز : قال مالك : فإن ظهر بها حملٌ من غير البائع ، أو حدث بها عيبٌ قبل الحيضة ، وقد هلك الثمن قبل ذلك فالمبتاع مخيّرٌ في قبولها بالعيب أو الحمل بالثمن التالف ، فيصير من البائع ، وإن شاء ردها وكان الثمن منه ، وقاله ابن القاسم وأشهب في العتبية[(٢)] .

وذكر ابن عبدوس عن عبد الملك أن المشتري بالخيار في قبولها بغُرم ثمنٍ ثانٍ ، أو ردها ، وكذلك لو رضيها قبل علمه بتلف الثمن ، وهما سواء[(٣)] .

وقال عنه ابن حبيب : إن الثمن من المشتري والجارية للبائع[(٤)] ، وانفسخ البيع[(٥)] .

= أخرجه أبو داود ، كتاب البيوع والإجارات ، باب في العربان ٧٦٨/٣ رقم (٣٥٠٢) ، وابن ماجه ، كتاب الإجارات ، باب بيع العربان ٧٣٨/٢ رقم (٢١٩٢،٢١٩٣) ، ومالك ، كتاب البيوع ، باب ماجاء في بيع العربان ٤٧٥/٢ رقم (١) .
قال ابن حجر عن هذا الحديث : فيه راوٍ لم يسم ، وسُمي في روايةٍ لابن ماجه ضعيفة : عبد الله ابن عامر الأسلمي ، وقيل : هو ابن لهيعة وهما ضعيفان .
التلخيص الحبير ١٧/٣ رقم (١١٧٣) .
فالحديث ضعيف .

(١) لأنه إذا تم البيع فالبائع قابض للثمن ، لأن الثمن إنما وضع له ، وإذا لم يتم البيع فالثمن للمشتري لأن الجارية لم تجب فالمال له .
انظر : المدونة ١٤٣/٣ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

(٢) انظر : العتبية مع البيان والتحصيل ١٤٤/٤ .

(٣) قال : وإلى هذا ذهب سحنون ، لأنه إنما يكون الثمن لمن تصير له مما لاخيار فيه لأحد .
انظر : النوادر والزيادات ل٣٢/أ .

(٤) في أ ، ب "من" بدل اللام .

(٥) انظر : المصدر نفسه ل٣٢/أ .

وحكي عن أبي بكر بن عبد الرحمن أنه قال : إنما يصح قول من قال : ينفسخ البيع[١] إذا كان الثمن عرضاً بعينه ، لأنه / لايأخذها بثمن آخر ، ولابد من [١٩/أ] فسخ البيع بينهما ، وأما إذا كان الثمن عيناً فهو إما أن يأخذها بثمن ثانٍ أو بالثمن التالف ، على الاختلاف ، ولاوجه لفسخ البيع في ذلك[٢] .

قال بعض القرويين : واختار سحنون أن لايأخذها إلا بغرم ثمن ثانٍ ، لأنه لما كان مخيراً في الأخذ أو الرد لحدوث العيب صار كأنه مبتدئ للشراء بثمن قد ضاع ، بخلاف مالو حدث عيبٌ قبل تلف الثمن ، ثم تلف الثمن لكان له الخيار هاهنا ، لأن الخيار قد وجب له قبل تلف الثمن وقبل حدوث العيب ولم يعلم بتلفه فاختار الأخذ لم يلزمه ثمنٌ ثانٍ ، وكان على خياره إن شاء رد ، لأنه يقول : إنما اخترت على ذلك الثمن ، وإن شاء أخذ وغرم ثمناً ثانياً[٣] .

قال الشيخ : والصواب قول ابن القاسم وأشهب[٤] .

وقد تقدم القول في التي لم تحض ، واليائسة من الحيض ، والمرتابة ، وفيمن ابتاع أمة ممن لم يطأها ، أو من صبيٍ ، أو امرأةٍ ، أو أبيه ، أو زوجته ، أو أبضع في شراء جاريةٍ فحاضت في الطريق ، في الباب الأول مع [ما] شاكله فأغنى عن إعادته[٥] .

---

(١) أي إذا هلك الثمن في المواضعة وخرجت الأمة وبها عيب .
انظر : تهذيب الطالب ل ٦٨/أ .

(٢)،(٣) انظر : المصدر نفسه ل٦٧/ب ، ٦٨/أ .

(٤) وهو أنه يأخذها بالثمن التالف .

(٥) انظر ص٩٤٣،٩٤٨ .

[الباب العاشر]
في وطء الجارية في أيام الاستبراء
وإلحاق الولد

[فصل ١ ــ في وطء الجارية في أيام الاستبراء]

قال مالك : ولاينبغي للمبتاع أن يطأ في الاستبراء ولايُقبِّل ولايجُس ، أو ينظر للذَّة ، ولابأس أن ينظر لغير اللذة ، وإن وطئ المبتاع الأمة في الاستبراء قبل حيضةٍ نُكِّل إن لم يعذر بجهلٍ ، حاضت بعد ذلك أو لم تحض ، وإن افتضَّها وهي بِكْرٌ في الاستبراء ثم حدث بها عيبٌ قبل حيضةٍ ، ذهاب جارحةٍ ، أو حُمَّىً ، أو داءٌ فله ردها بذلك ، فإن ردها [رد معها][1] مانقصها الافتضاض[2] ، وإن لم ينقصها فلاغرم عليه ، ولاصداق إلا في الحرة ، وأما الأمة فهي كسلعة ، فعلى واطئها غصباً مانقصها الوطء ، ثيباً كانت أو بكراً[3] .

قال الشيخ : قال بعض فقهائنا القرويين : وإن تمسك بها فظاهر المدونة وكتاب محمد : لاشيئ عليهما نقصها وقد وطئها ، وهي في ضمان البائع ، فلو لم يكن ذلك كجنايةٍ جنى عليها في الاستبراء أن الأرش للبائع ، ولافرق بين جناية المشتري عليها وجناية غيره [إلا][4] أن الأرش يكون للبائع وإن رضي بها المبتاع ، كما قالوا في الجناية عليها في أيام الخيار : إن الأرش للبائع ، وإن كان ابن حبيب يرى أن الأرش للمشتري إذا اختار التمسك .

---

(١) من المدونة .

(٢) في أ ، ب "الانتزاع" .

(٣) انظر : المدونة ١٤٥/٣ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

(٤) "إلا" ليست في أ ، ب ، ولايستقيم المعنى إلا بها .

قال الشيخ : والقياس أن يكون الأرش للبائع ، لأنها في ضمانه ، وأرى ابن القاسم رأى أن جناية المشتري كأنه رضي بامساكها ، كما جعل جنايته عليها في أيام الخيار رضى بها ، وألزمه الثمن ، والصواب أن لايعد ذلك منه رضى ، ولو كان رضىً لما كان له أن يردها بالعيب ، كما لو رضيا جميعاً باسقاط المواضعة وتعجيلها ، لأن مايحدث بعد ذلك من المشتري .

ومن المدونة : روى ابن وهب عن مالك : إن من ابتاع أمةً حاملاً فلايجوز له وطؤها كانت عنده[١] أو عند غيره ، من زوجٍ أو زناً ، ولاينبغي له أن يباشرها ، أو يقبِّلها ، أو يغمِزَها ، أو يجسَّها ، أو يجرِّدَها للذةٍ حتى تضع ، وكذلك إن بيعت بالبراءة حاملاً أو غير حامل ، فلايُقَبِّل ولايباشر قبل أن يتبين حملها أو بعد حتى تضع[٢] .

ورواية ابن وهب هذه ليست عند جَبَلة[٣] ، ورواها غيره .

قال ابن حبيب : وأما المسبية تقع في سهمه ، أو يبتاعها في المقاسم فله أن يتلذَّذ منها بالقُبلَة والمباشرة والتجريد وغيره عدا الوطء ، لئلا يسقي ماءه زرع / [١٩/ب] غيره ، وهذه قد تم ملكه فيها ، وبيع المقاسم بيع براءةٍ، وإن ظهر بها حملٌ لم ترد به[٤] .

قال أبو محمد : وهذا الذي ذكر ابن حبيب أنه تدخل البراءة من الحمل في بيع السلطان ليس بقول مالكٍ إلا أن يعني في الوَخْش[٥] .

---

(١) "عنده" مطموسة في أ .

(٢) انظر : المدونة ١٤٦/٣ .

(٣) هو جبلة بن حمود الصدفي ، وقد سبقت ترجمته ص٣٩٢ .

(٤)،(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤/أ .

وقد قال ابن المواز : بيع الرائعة بالبراءة مطلقاً جائزٌ ، ولايدخل في ذلك الحمل ، وإن[1] تبرأ منه [بشرطٍ] [2] فسد البيع[3] .

قال الشيخ : وماذكر أيضاً ابن حبيب من أنه يُقبِّل المسبية ويباشرها ويتلذَّذ بها عدا الوطء ، فليس ذلك على الأصل ، لأن كل طاهرٍ مُنِعَ من وطئها مُنِعَ أيضاً من التلذذ بها بشيءٍ من دواعي الوطء كالمبيعة غير المسبية ، والمُحْرِمَة ، لأن ذلك ذريعةٌ إلى الوطء كالراعي حول الحمى يوشِك أن يقع فيه .

وإن كان قد وقع لسحنون في العاشر من السير فيمن اشترى أمةً بالبراءة من حملٍ ظاهرٍ أنه لابأس له أن ينال منها ماينال من الحائض إذا كان من غير السيد ، وكذلك إن قال بعد البيع : أنا أرضى بحملٍ إن كان بها ، ولم يكن البائع يطأ[4] .

قال الشيخ : لعله يُرخَّص في هذا للشيخ ، لأنه يملك نفسه ، كما أرخص له النبي صلى الله عليه وسلم في القُبلَة في الصيام[5] ، وأما الشاب فلايملك نفسه ، وقد قال عليه الصلاة والسلام : "لاتوطأ حاملٌ حتى تضع ولاحائلٌ حتى تحيض"[6] .

وقال : "من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلايسقينَّ ماءه زرع غيره"[7] ، فإذا منع من الوطء وجب أن يمنع من دواعيه ، لأن الراعي حول الحِمَى يوشك أن يقع فيه .

---

(١) في أ ، ب زيادة "لم" .

(٢) من النوادر .

(٣) انظر : المصدر نفسه ل٣٢/أ .

(٤) انظر : المصدر نفسه ل٣٤/أ .

(٥) لعله يشير إلى ماروته عائشة رضي الله عنها : أن النبي صلى الله عليه وسلم رخَّص في القبلة للشيخ وهو صائم ونهى عنها الشاب وقال : "الشيخ يملك إربه والشاب يفسد صومه" .
أخرجه البيهقي ، كتاب الصيام ، باب كراهية القبلة لمن حركت القبلة شهوته ٣٩١/٤ رقم (٨٠٨٤) .
والحديث حسن ، وقد روي موقوفاً عن أبي هريرة وابن عباس ، أخرجهما البيهقي أيضاً ٣٩١/٤ رقم (٨٠٨٥،٨٠٨٧) .

(٦) سبق تخريجه ص٩٤١ .

(٧) سبق تخريجه ص٩٤١ .

[فصل ٢ ــ في إلحاق الولد]

ومن المدونة : قال مالك : وإن وطئها المبتاع في الاستبراء فوضعت لستة أشهرٍ من يوم وطئها ، فإن كان البائع يطأ دعي للولد القَافَة ، فإن ألحقوه بالمبتاع كانت له أمَّ ولدٍ ، وإن وضعت لأقل من ذلك فسخ البيع وألحق بالبائع إذا أقر بالوطء ، وينكّل المبتاع حين وطئ في الاستبراء ، وإن أنكر البائع الوطء كان الولد لغية ، وكذلك إن كانت بكراً والبائع ينفي الولد فإنه يكون لِغِيةٍ ، ويخير المبتاع في قبولها بجميع الثمن ، أو ردها مع مانقص وطؤه للبكر[1] .

قال ابن المواز : إذا اختار حبسها فله الرجوع بما نقص عيب حملها[2] .

قال الشيخ : كمن اطلع على عيبٍ وقد حدث عنده عيب .

ومن المدونة : قال مالك : وكذلك الثيب إن كان نقصها شيء ؛ وإلا فلاغرم عليه ، ويخير في أخذها بجميع الثمن ، أو ردها ، وعليه العقوبة إن لم يعذر بجهل .

قال مالك : ولو استلحقه البائع لحق به وفسخ البيع وصارت له أم ولد[3] .

ابن المواز : ولو افتضها المبتاع ثم حدث بها عيبٌ في الاستبراء فله ردها مع مانقص افتضاضها ، فإن ماتت فهي من البائع ، وإن لم تمت وأتت بولدٍ لأكثر من ستة أشهرٍ من يوم وطئ المشتري ردت إليه أمَّ ولد بالقيمة يوم وطئ لابالثمن ، لأنه قد ردها بالعيب أولاً ، ولو لم يكن ردها بما حدث بها في المواضعة حتى وضعت لما ذكرنا من المدة فله إن شاء ردها بالعيب الحادث فتلزمه قيمتها يوم وطئها وتصير أمَّ ولد ، وإن شاء رضيها[4] بالعيب وألزمها نفسه بالثمن كاملاً[5] .

---

(١) انظر : المدونة ٣/١٤٦ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

(٢) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤/أ .

(٣) انظر : المدونة ٣/١٤٥،١٤٦ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

(٤) في أ "ردها" .

(٥) انظر : النوادر والزيادات ل٣٤/أ،ب .

قال ابن المواز : وإن أعتق المبتاع الأمة في الاستبراء من وطء البائع لم يعجل عليها حتى تحيض كما ليس له تعجيلها وترك الاستبراء بخلاف عتقه إياها في عهدة الثلاث ، لأن له ترك بقية العهدة إلا أن يكون الاستبراء من غير وطء السيد فينفذ عتقه ، ويتعجلها ، ولو أعتقها البائع والمبتاع أو حنثا فيها بعتقٍ ، والاستبراء / فيها [٢٠/أ] من وطء البائع تربَّصَا ، فإن ظهر بها حملٌ عتقت على البائع ، وإن حاضت عتقت على المبتاع ، ولو حدث بها عيبٌ فليس له تعجيل ردها للعتق ، ولو كان الاستبراء ليس من وطء البائع عجّلنا عتق المبتاع فيها ثم إن ظهر بها حملٌ رجع بقيمة عيب الحمل ، لأنه لو ظهر بها عيبٌ أو حملٌ ولم يكن عتق لكان لها الرضى به وتعجيل قبضها[(١)] .

قال الشيخ : قوله : إذا كان استبراؤها من وطء البائع وقد أعتقا جميعاً أنه يُتربَّص بها ، يريد : يتربص أن يجعل العتق على أحدهما ، لأنه إن جعل عتقها من البائع قطع ولاء المبتاع عنها ومنع البائع من قبض ثمنها وقد يمكن أن يجب له ، وإن جعله من المبتاع رفع ولاء البائع عنها وألزم المبتاع غرم الثمن وقد لايجب عليه ، فأوقف الحكم فيها على أحدهما لهذا .

وأما الأمة فهي بعتقها حرة ، إذ لابد من عتقها على أحدهما ، إن حاضت فعلى المبتاع ، وإن حملت فعلى البائع ، وإنما يوقف الحكم فيها على من يكون العتق وهذا بيّنٌ ، وقاله بعض القرويين .

ومن المدونة : قال مالك : وإذا قال البائع : كنت أُفَخِّذ ولاأُنْـزِل ، وولدها ليس مني ، لم يلزمه الولد .

وإن قال : كنت أطأ في الفرج وأعْزِل ، فأتت بولدٍ لما يجئ به النساء من يوم وطئه لزمه الولد ، ولاينفعه أن يقول : كنت أعزِلُ عنها .

---

(١) انظر : المصدر نفسه ل٣٤/ب .

قال سحنون : قال أشهب : وقد نزل هذا على عهد [أصحـاب][(١)] رسـول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال الرجل : كنت أَعْزِل ، فقال له[(٢)] صـاحب رسـول الله صلى الله عليه وسلم[(٣)] : إن الوِكَاء ينفلت ، وألحق به الولد[(٤)] .

[يتلوه كتاب السلم الأول]

---

(١) من المدونة .
(٢) "له" ليست في أ .
(٣) وهو عمرو بن العاص ، ففي هامش المدونة : قال ابن وضَّاح : هو عمرو بن العاص . ا.هـ من هامش الأصل ، وكذلك قال ابن رشد . انظر : البيان والتحصيل ٤/١١٨ .
(٤) انظر : المدونة ٣/١٤٦،١٤٧ ، تهذيب المدونة ص١١١ .

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الآثار

فهرس الأعلام

فهرس القواعد الأصولية

فهرس القواعد الفقهية

فهرس الضوابط الفقهية

فهرس الأماكن والبلدان

فهرس المصطلحات الفقهية

فهرس الألفاظ الغريبة

فهرس المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات

فهرس الآيات

سورة المائدة

الآيــــــــــــة	رقمها	الصفحة
أَوْ فَارِقُوهُنَّ	٢	٨٤٩
وَٱللَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ	٤	٥٦٣/٥٥٩/٥٤٧
وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ	٤	٦٢٧/٥٩٦/٥٦٠/٥٥٠
أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم	٦	٦٣٩/٤٧٨
وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُواْ عَلَيْهِنَّ	٦	٢٩٩
وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ	٦	٦٣٩/٥٢٢
فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ	٦	٥٢٢/٤٣٤
لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ	٧	٥٢٣/٢٨٢

سورة التحريم

الآية	رقمها	الصفحة
يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ	١	٨٥٠
قَدْ فَرَضَ ٱللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَٰنِكُمْ	٢	٨٥١

سورة المطففين

الآية	رقمها	الصفحة
كَلَّآ إِنَّ كِتَٰبَ ٱلْأَبْرَارِ ... ... يَشْهَدُهُ ٱلْمُقَرَّبُونَ	١٨-٢١	٢١٨

سورة الفجر

الآية	رقمها	الصفحة
وَلَيَالٍ عَشْرٍ	٢	٦٧٢

فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الآثار

فهرس الأعلام المترجم لهم

* رمزت بالحرف (د) لقسم الدراسة .

فهرس القواعد الأصولية

فهرس القواعد الفقهية

فهرس الضوابط الفقهية

الضابط	الصفحة
كل امرأتين من ذوات المحارم لو كان موضع إحداهما ذكراً لم تحل له الأخرى لم يجز لجامع أن يجمع بينهما	٣٤٣/٣٣٦
كل جارية كان للبائع أن يزوجها قبل أن يستبرئها فذلك جائز للمبتاع إذا قبلها بعد الشراء ، فإذا لم يكن ذلك للبائع حتى يستبرئها كان المبتاع مثله	٩٧١
كل جنس تؤكل ذبائحهم يجوز نكاح نسائهم كالمسلمين	٣٨٣
كل حامل بانت من زوجها ببتات أو خلع أو غيره وقد علم بحملها أم لا ، فإن لم تتبرأ من نفقة حملها فلها النفقة في الحمل والسكنى والكسوة	٤٧٨
كل دين لحق المأذون له في التجارة كان دينه فيما في يديه وفي كسبه في التجارة دون خراجه وعمل يده ، ولا مما فضل من ذلك بيده	١٣٧
كل صداق نكاح استحله أهل الشرك فيما بينهم فهو جائز إذا أسلموا عليه وقد بنى	٣٩٢
كل صفقة جمعت حلالاً وحراماً فلايجوز في البيوع والنكاح	٣٢٤
كل طاهر منع من وطئها منع أيضا من التلذذ بها بشيء من دواعي الوطء كالمبيعة غير المسبية والمحرمة	٩٨٧
كل طلاق فيه رجعة فلها النفقة والكسوة والسكنى حتى تنقضي عدتها	٦٤٢
كل طلاق وقع في مرضه بخلع أو تخيير أو تمليك أو إيلاء أو لعان فإنها ترثه	٧١٨

الضابط	الصفحة

فهرس الأماكن والبلدان

فهرس المصطلحات الفقهية المعرفة

فهرس الألفاظ الغريبة

فهرس المصادر والمراجع

* القرآن الكريم .
* الإجماع
تأليف : محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري .
تحقيق : فؤاد عبد المنعم أحمد .
الاسكندرية : دار الدعوة ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٢هـ .
* الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان
ترتيب : الأمير علاء الدين علي بن بلبان الفارسي .
ضبط : كمال يوسف الحوت .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٧هـ .
* إحكام الفصول في أحكام الأصول
تأليف : أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي .
تحقيق ودراسة : عبد الله بن محمد الجبوري .
بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٩هـ .
* أحكام القرآن
تأليف : أبي بكر محمد بن عبد الله بن العربي .
تحقيق : علي محمد البجاوي .
بيروت : دار إحياء الكتب العربية ، الطبعة الأولى ، ١٣٧٦هـ .
* الاستيعاب في أسماء الأصحاب
تأليف : يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي .
بيروت : دار الكتاب العربي ، ط ، ت : بدون .
مطبوع بهامش الإصابة لابن حجر .
* الإشراف على مسائل الخلاف
تأليف : القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي .
نشر : مطبعة الإرادة ، ط : بدون ، ت : بدون .

* الإصابة في تمييز الصحابة
تأليف : الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني .
بيروت : دار الكتاب العربي ، ط : بدون ، ت : بدون .
* الأعلام
تأليف : خير الدين الزركلي .
دار العلم للملايين ، الطبعة السادسة ، ١٩٨٤م .
* الأم
تأليف : الإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي .
تخريج وتعليق : محمود مطرجي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ .
* بداية المجتهد ونهاية المقتصد
تأليف : أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة العاشرة ، ١٤٠٨هـ .
* بلوغ المرام من أدلة الأحكام
تأليف : الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني .
تصحيح وتعليق : محمد حامد الفقي .
بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ط : بدون ، ت : بدون .
* البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة .
تأليف : أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي .
تحقيق : محمد حجي ، وأحمد الشرقاوي إقبال .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط : بدون ، ١٤٠٤هـ .
* تاريخ التراث العربي
تأليف : فؤاد سزكين ، ترجمة : محمود فهمي حجازي .
الرياض : إدارة الثقافة والنشر بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ، ط : بدون ، ١٤٠٣هـ .

* تحقيق النصوص ونشرها
تأليف : عبد السلام هارون .
القاهرة : مكتبة الخانجي ، الطبعة الأولى ، ١٣٩٧هـ .
* تحرير ألفاظ التنبيه
تأليف : الإمام محيى الدين يحيى بن شرف النووي .
تحقيق : عبد الغني الدقر .
دمشق : دار القلم ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ .
* تحفة الأريب بما في القرآن من الغريب
تأليف : أثير الدين أبي حيان الأندلسي .
تحقيق : سمير المجذوب .
بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ .
* تحفة الفقهاء
تأليف : علاء الدين السمرقندي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الثانية ، ١٤١٤هـ .
* تخريج الأحاديث النبوية الواردة في مدونة الإمام مالك بن أنس
إعداد : الطاهر محمد الدرديري .
مكة المكرمة : مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي ، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ .
* ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك
تأليف : القاضي عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتي .
تحقيق : أحمد بكير محمود .
بيروت : دار مكتبة الحياة ، ط : بدون ، ت : بدون .
* تعجيل المنفعة بزوائد الأئمة الأربعة
تأليف : الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني .

تحقيق : عبد الله هاشم يماني المدني .
القاهرة : دار المحاسن للطباعة ، ط : بدون ، ١٣٨٦هـ .
* التفريع
تأليف : أبي القاسم عبيد الله بن الحسين بن الحسن بن الجلاب البصري .
دراسة وتحقيق : حسين بن سالم الدهماني .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ .
* تفسير القرآن العظيم
تأليف : الحافظ عماد الدين إسماعيل بن كثير الدمشقي .
بيروت : دار المعرفة ، ط : بدون ، ١٤٠٣هـ .
* تقريب التهذيب
تأليف : الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني .
تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ .
* التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير
تأليف : الحافظ أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني .
تصحيح وتعليق : عبد الله هاشم اليماني .
معلومات النشر : بدون .
* التلقين في الفقه المالكي
تأليف : القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي .
تحقيق : محمد ثالث سعيد الغاني .
مكة المكرمة : مكتبة نزار مصطفى الباز ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ .
* تنبيه الطالب لفهم ابن الحاجب
تأليف : محمد بن عبد السلام الآمدي المالكي .
نسخة مصورة من مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى ، ميكروفلم رقم (٣٢٨) أصول فقه .

* التنبيه في الفقه الشافعي
تأليف : أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي .
إعداد : مركز الخدمات والأبحاث الثقافية .
بيروت : عالم الكتب ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ .
* تهذيب الطالب وفائدة الراغب
تأليف : عبد الحق بن محمد بن هارون الصقلي .
نسخة مصورة من مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى ، ميكروفيلم رقم (١٨٠) فقه مالكي .
* تهذيب المدونة
تأليف : خلف بن أبي القاسم البراذعي .
نسخة مصورة من مكتبة الحرم النبوي الشريف رقم (٢١٧/٢/١٠٥) ميكروفلم (١٠٤) فقه مالكي .
* حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
تأليف : الشيخ محمد عرفة الدسوقي .
بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ط : بدون ، ت : بدون .
* دراسات في مصادر الفقه المالكي
تأليف : ميكلوش موراني .
ترجمة : الدكتور سعيد بحيري وآخرون .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٩هـ .
* الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب
تأليف : إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون المالكي .
تحقيق : محمد الأحمدي أبو النور .
القاهرة : دار التراث للطبع والنشر ، ط : بدون ، ت : بدون .
* ديوان النابغة الذبياني
تحقيق : مفيد محمد قميحة .

جدة : دار المطبوعات الحديثة ، ط : بدون ، ت : بدون .
* الذخيرة
تأليف : أحمد بن إدريس القرافي .
تحقيق : محمد أبو خبزه وآخرون .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٤م .
* الرسالة الفقهية
تأليف : أبي محمد عبد الله بن أبي زيد القيرواني .
تحقيق : الهادي حمو ، ومحمد أبو الأجفان .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ .
* زاد المعاد في هدي خير العباد
تأليف : أبي عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي ، المعروف بابن قيم الجوزية.
تحقيق : شعيب وعبد القادر الأرنؤوط .
بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، ١٤٠١هـ .
* سنن الترمذي
تأليف : الإمام أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي .
تحقيق : أحمد محمد شاكر .
بيروت : دار الكتب العلمية ، ط : بدون ، ت : بدون .
* سنن الدارقطني
تأليف : الإمام علي بن عمر الدارقطني .
تحقيق : عبد الله هاشم يماني المدني .
القاهرة : دار المحاسن للطباعة ، ط : بدون ، ت : بدون .
* سنن أبي داود
تأليف : الحافظ سليمان بن الأشعث السجستاني .
إعداد وتعليق : عزت عبيد الدعاس وعادل السيد .
بيروت : دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٣٩١هـ .

* سنن سعيد بن منصور
تأليف : الحافظ سعيد بن منصور بن شعبة الخراساني .
تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، ط : بدون ، ت : بدون .
* السنن الكبرى
تأليف : الإمام أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي .
تحقيق : محمد عبد القادر عطا .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ .
* سنن ابن ماجه
تأليف : الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني .
تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، ط : بدون ، ت : بدون .
* سنن النسائي
تأليف : الحافظ عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي .
بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي .
ضبط وتصحيح : عبد الوارث محمد علي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ .
* سير أعلام النبلاء
تأليف : الإمام شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي .
تحقيق : محب الدين أبي سعيد عمر بن غرامة العمروي .
بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، ١٤١٧هـ .
* شجرة النور الزكية في طبقات المالكية
تأليف : محمد بن محمد مخلوف .
بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ط : بدون ، ت : بدون .

* شذرات الذهب في أخبار من ذهب
تأليف : أبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي .
بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ط : بدون ، ت : بدون ،.
* شرح حدود ابن عرفة
تأليف : أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع .
تحقيق : محمد أبو الأجفان ، والطاهر المعموري .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٣م .
* شرح السنة
تأليف : الإمام أبي محمد الحسين بن مسعود البغوي .
تحقيق : شعيب الأرنؤوط .
بيروت : المكتب الإسلامي ، ط : بدون ، ١٣٩٥هـ .
* شرح العقيدة الطحاوية
تأليف : محمد بن علاء الدين علي بن محمد بن أبي العز الحنفي .
تحقيق ومراجعة : جماعة من العلماء .
بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثامنة ، ١٤٠٤هـ .
* شرح غريب ألفاظ المدونة
تأليف : الجبي .
تحقيق : محمد محفوظ .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٢هـ .
شرح المعلقات العشر وأخبار شعرائها
جمع وتصحيح : أحمد بن أمين الشنقيطي .
بيروت : دار الكتاب العربي ، ط : بدون ، ١٤١٤هـ .
* صحة أصول مذهب أهل المدينة
تأليف : شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية .

تحقيق : الدكتور أحمد حجازي السقا .
القاهرة ، مكتبة الثقافة الدينية ، الطبعة الأولى ، ١٩٨٨م.

* صحيح البخاري
تأليف : الإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري.
استانبول : المكتب الإسلامي ، ط : بدون ، ١٩٧٩م .

* صحيح مسلم
تأليف : الإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري .
تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، ط : بدون ، ١٤١٣هـ .

* طبقات علماء إفريقية وتونس
تأليف : أبي العرب محمد بن أحمد بن تميم القيرواني .
تقديم وتحقيق : علي الشابي ، ونعيم حسن اليافي .
تونس : الدار التونسية للنشر ، الطبعة الثانية ، ١٩٨٥م .

* الطبقات الكبرى
تأليف : محمد بن سعد بن منيع الهاشمي البصري .
دراسة وتحقيق : محمد عبد القادر عطا .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ .

* الطليحة
تأليف : النابغة القلاوي .
البلد : بدون ، الطبعة الأولى ، ١٣٣٩هـ .

* العتبية
تأليف : محمد بن أحمد بن عبد العزيز العتبي .
تحقيق : الأستاذ أحمد الحبابي .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، ط : بدون ، ١٤٠٤هـ ، مطبوعة مع البيان والتحصيل لابن رشد .

* عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق
تأليف : أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي .
تحقيق : حمزة أبو فارس .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ .
* العمر في المصنفات والمؤلفين التونسيين
تأليف : حسن حسني عبد الوهاب .
مراجعة : محمد العروسي المطوي وبشير البكوش .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٠م .
* غرر المقالة في شرح غريب الرسالة
تأليف : محمد بن منصور بن حمامة المغراوي .
تحقيق : الدكتور الهادي حمو ، والدكتور محمد أبو الأجفان .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ .
مطبوع بهامش الرسالة لابن أبي زيد القيرواني .
* غريب الحديث
تأليف : الإمام أبي الفرج عبد الرحمن بن علي الجوزي .
تحقيق : عبد المعطي أمين قلعجي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٥هـ .
* الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي
تأليف : محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي .
عناية : أيمن صالح شعبان .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ .
* الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني
تأليف : أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي المالكي .
بيروت : دار الفكر ، ط : بدون ، ت : بدون .

* قضاة قرطبة وعلماء إفريقية
تأليف : محمد بن حارث بن أسد الخشني .
تصحيح : السيد عزت العطار الحسيني .
القاهرة : مكتبة الخانجي ، الطبعة الثانية ، ١٤١٥هـ .
* الكافي في فقه أهل المدينة
تأليف : يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي .
تحقيق : محمد محمد أحيد الموريتاني .
الرياض : مكتبة الرياض الحديثة ، الطبعة الأولى ، ١٣٩٨هـ .
* كشف الأستار عن زوائد البزار على الكتب الستة
تأليف : الحافظ نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي .
تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي .
بيروت : مؤسسة الرسالة ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٤هـ .
* كشف الخفا ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس .
تأليف : إسماعيل بن محمد العجلوني .
بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط : بدون ، ت : بدون .
* كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب
تأليف : ابراهيم بن علي بن فرحون .
تحقيق ودراسة : حمزة أبو فارس وعبد السلام الشريف .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٩٩٠م .
* الكلام على حقيقة الإسلام والإيمان
تأليف : شيخ الإسلام تقي الدين أحمد بن تيمية .
تحقيق : محمود حسن الشيباني .
الناشر : بدون ، الطبعة الأولى ، ١٤١٠هـ .
* لسان العرب
تأليف : محمد بن منظور .
بيروت : دار إحياء التراث العربي ، الطبعة الثالثة ، ١٤١٣هـ .

* مجمع الزوائد ومنبع الفوائد
تأليف : نور الدين لعي بن أبي بكر الهيثمي .
بيروت : دار الكتاب العربي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٢هـ .
* محاضرات في تاريخ المذهب المالكي في الغرب الإسلامي
تأليف : عمر الجيدي .
المغرب ، منشورات عكاظ ، ط : بدون ، ت : بدون .
* مختصر الخرقي من مسائل الإمام المبجل أحمد بن حنبل
تأليف : أبي القاسم عمر بن الحسين الخرقي .
تحقيق : زهير الشاويش .
بيروت : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٣هـ .
* مختصر خليل
تأليف : خليل بن إسحاق المالكي .
تصحيح وتعليق : أحمد نصر .
بيروت : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الأخيرة ، ١٤٠١هـ .
* مختصر الطحاوي
تأليف : أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي .
بيروت : دار إحياء العلوم ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٦هـ .
* مختصر القدوري
تأليف : أبي الحسين أحمد بن محمد القدوري .
تحقيق : محمد محيى الدين عبد الحميد .
بيروت : دار الكتاب العربي ، ط ، ت : بدون .
مطبوع مع شرحه اللباب لعبد الغني الميداني .
* مختصر المزني على الأم
تأليف : إسماعيل بن يحيى المزني .
تعليق : محمود مطرجي .

بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ .
مطبوع في الجزء التاسع من الأم .

* المدونة الكبرى
تأليف : سحنون بن سعيد التنوخي .
بيروت : دار إحياء التراث العربي ، وهي طبعة مصورة عن طبعة دار السعادة ، ط : بدون ، ت : بدون .

* المستدرك على الصحيحين
تأليف : الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري .
تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ .

* مسند الإمام أحمد بن حنبل
تأليف : الإمام أبي عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني .
ترقيم : محمد عبد السلام عبد الشافي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٣هـ .

* المصباح المنير في غريب الشرح الكبير
تأليف : أحمد بن محمد بن علي الفيومي .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٤هـ .

* المصنف
تأليف : الحافظ أبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني
تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي .
كراتشي ، باكستان : المجلس العلمي ، توزيع : المكتب الإسلامي ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣هـ .

* المصنف في الأحاديث والآثار
تأليف : الحافظ أبي بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة .

ضبط وتصحيح : محمد عبد السلام شاهين .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ .

* معالم الإيمان في معرفة أهل القيروان
تأليف : عبد الرحمن بن محمد الأنصاري الدباغ .
تحقيق : محمد الأحمدي أبو النور ، ومحمد ماضور .
القاهرة : مكتبة الخانجي ، ط : بدون ، ت : بدون .

* المعتمد في الأدوية المفردة
تأليف : يوسف بن عمر الغساني التركماني .
تصحيح : مصطفى السقا .
بيروت : دارالقلم ، ط : بدون ، ت : بدون .

* معجم البلدان
تأليف : شهاب الدين أبي عبد الله ياقوت الحموي .
بيروت : دار صادر للطباعة والنشر ، الطبعة الثانية ، ١٩٩٥م .

* معجم لغة الفقهاء
تأليف : محمد رواس قلعه جي ، وحامد صادق قنيبي .
بيروت : دار النفائس ، الطبعة الثانية ، ١٤٠٨هـ .

* المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم
تأليف : محمد فؤاد عبد الباقي .
بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ط : بدون ، ت : بدون .

* معجم مقاييس اللغة
تأليف : أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا .
تحقيق : عبد السلام محمد هارون .
بيروت : دار الجيل ، الطبعة الأولى ، ١٤١١هـ .

* المعونة على مذهب عالم المدينة
تأليف : القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي .

تحقيق : حميش عبد الحق .
مكة المكرمة : مكتبة نزار مصطفى الباز ، الطبعة الأولى ، ١٤١٥هـ .

* معلمة الفقه المالكي
تأليف : عبد العزيز بن عبد الله .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٣هـ .

* المقدمات الممهدات لبيان مااقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات
تأليف : أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي .
تحقيق : محمد حجي .
بيروت : دار الغرب الإسلامي ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ .

* مقدمة ابن خلدون
تأليف : عبد الرحمن بن خلدون المغربي .
مصر : المكتبة التجارية الكبرى ، ط : بدون ، ت : بدون .

* المنتقى
تأليف : أبي الوليد سليمان بن خلف الباجي .
القاهرة : مطبعة السعادة ، الطبعة الأولى ، ١٣٣٢هـ .

* مواهب الجليل لشرح مختصر خليل
تأليف : أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب .
ضبط وتخريج : زكريا عميرات .
بيروت : دار الكتب العلمية ، الطبعة الأولى ، ١٤١٦هـ .

* موسوعة أطراف الحديث النبوي الشريف
إعداد : محمد السعيد بن بسيوني زغلول .
بيروت : دار الكتب العلمية ، ط : بدون ، ت : بدون .

* الموطأ
تأليف : الإمام مالك بن أنس الأصبحي .

تصحيح وتعليق : محمد فؤاد عبد الباقي .
القاهرة : دار الحديث ، ط : بدون ، ت : بدون ،.

* النكت والفروق لمسائل المدونة
تأليف : عبد الحق بن محمد بن هارون الصقلي .
نسخة مصورة بمركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى ميكروفلم (٢٤٧) فقه مالكي .

* النوادر والزيادات على مافي المدونة من غيرها من الأمهات
تأليف : محمد بن أبي زيد القيرواني .
نسخة مصورة من قسم المخطوطات بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ، ميكروفلم رقم (٩٥٧٠) فقه .

* نو البصر شرح المختصر
تأليف : أحمد بن عبد العزيز الهلالي .
نسخة مصورة من نسخة محفوظة في مكتبة الشيخ عبد الحي العمراوي من علماء القرويين ، فاس ، المغرب .

* الوجيز في فقه مذهب الإمام الشافعي
تأليف : أبي حامد محمد بن محمد الغزالي .
بيروت : دار المعرفة للطباعة والنشر ، ط : بدون ، ١٣٩٩هـ .

فهرس الموضوعات

الصفحة

الكتاب الأول
كتاب النكاح الأول

الصفحة

الكتاب الثاني
كتاب النكاح الثاني

الكتاب الثالث
كتاب النكاح الثالث

الكتاب الرابع
كتاب الرضاع

الكتاب الخامس
كتاب إرخاء الستور

الكتاب السادس
كتاب الخلع

الكتاب السابع
كتاب طلاق السنة والعدة

الكتاب الثامن
كتاب الأيمان بالطلاق

الكتاب التاسع
كتاب الظهار

الكتاب العاشر
كتاب التخيير والتمليك

الكتاب الحادي عشر
كتاب الإيلاء

الكتاب الثاني عشر
كتاب اللعان

الكتاب الثالث عشر
كتاب الاستبراء

الفهارس